

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La décision de la mesure d'internement

Basecqz, Nathalie

Published in:

La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Basecqz, N 2018, La décision de la mesure d'internement. Dans O Nederlandt, N Colette-Basecqz, F Vansillette & Y Cartuyvels (eds), *La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement: nouvelle loi, nouveaux défis : vers une véritable politique de soins pour les internés ?*. Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie, VOL. 26, La Charte, Bruxelles, p. 9 - 83.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

I. LA DÉCISION DE LA MESURE D'INTERNEMENT

NATHALIE COLETTE-BASECQZ

Professeur à l'Université de Namur

Avocat au barreau du Brabant wallon

Membre du centre de recherche « Vulnérabilités & Sociétés »

SOMMAIRE

I. De la loi de défense sociale de 1930 à la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement : un bref rappel des principales étapes de la réforme	13
II. L'incapacité pénale au sens de l'article 71 du Code pénal	19
A. La distinction entre l'incapacité pénale et la mesure d'internement	19
1. <i>Le recours à l'expertise psychiatrique</i>	19
2. <i>Le moment de prise en considération de l'état mental</i>	20
3. <i>La notion d'incapacité à subir son procès</i>	20
B. La version origininaire de l'article 71 du Code pénal	22
1. <i>L'ambiguïté de la formulation reprise à l'article 71 du Code pénal</i>	22
2. <i>La notion de démence et son contenu</i>	23
C. La modification de l'article 71 du Code pénal : un rétrécissement du champ d'application de l'irresponsabilité pénale	26
1. <i>Un changement terminologique : de la « démence » au « trouble mental »</i>	26
2. <i>L'exigence d'une abolition des facultés mentales</i>	27
3. <i>Le sort réservé aux « non abolis », désormais reconnus responsables pénalement</i>	30
D. L'application dans le temps de la nouvelle version de l'article 71 du Code pénal	36
III. La nature de l'internement	37
A. La distinction avec la peine	37
B. La distinction avec la mise en observation des malades mentaux fondée sur la loi du 26 juin 1990	38
C. Une double vocation : sécuritaire et sanitaire	40
D. Une mesure facultative	41
E. Une mesure à durée indéterminée	41
IV. La phase judiciaire de l'internement	42
A. Les juridictions habilitées à prononcer un internement	42
1. <i>Les juridictions d'instruction</i>	42
2. <i>Les juridictions de jugement</i>	46
3. <i>Le recours contre une décision ordonnant l'internement</i>	47
4. <i>L'incarcération immédiate</i>	50
5. <i>La requête de mise en liberté</i>	51
B. Les conditions de l'internement	51
1. <i>Un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers</i>	52
2. <i>Un trouble mental ayant aboli ou altéré gravement les facultés mentales, présent au moment du jugement</i>	57

3. Un danger de récidive	58
4. Une expertise psychiatrique médico-légale préalable	61
a) Les instances habilitées à ordonner une expertise psychiatrique	62
b) La mission de l'expert	62
c) La formation de l'expert	65
d) Les honoraires de l'expert	67
e) Une expertise contradictoire	67
f) La présence de l'avocat au cours de l'expertise psychiatrique	69
g) Le refus de l'intéressé de participer à l'expertise	71
h) L'actualisation de l'expertise	73
i) Le caractère non contraignant de l'avis de l'expert	74
j) L'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives à l'expertise psychiatrique	75
C. La mise en observation	76
D. La condamnation aux frais et restitutions et à la confiscation spéciale	77
E. Les interdictions s'appliquant, à titre de mesure de sûreté accessoire, aux internés pour faits d'abus sexuels et de mœurs commis à l'égard de mineurs	78
F. L'action civile des victimes	78
G. L'exécution simultanée d'un internement et d'une condamnation à une peine privative de liberté	80
H. L'application dans le temps	82

La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Remplaçant la loi de défense sociale de 1930-1964, cette loi introduit un nouveau régime qui modifie sensiblement les règles antérieures. Après un bref rappel historique des différentes étapes juridiques qui ont jalonné l'histoire de l'internement en Belgique (I), nous aborderons dans cette contribution le régime légal de l'incapacité pénale fondée sur les troubles mentaux (II), la nature de la mesure de l'internement (III) ainsi que le processus judiciaire conduisant à celui-ci (IV).

I. De la loi de défense sociale de 1930 à la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement : un bref rappel des principales étapes de la réforme

La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement remplace la loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930. Cette loi, qui sera la première à introduire l'internement à titre de mesure de sûreté¹, a ensuite été modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1964².

Tout en gardant la même philosophie, la loi du 1^{er} juillet 1964 a introduit plusieurs modifications au régime de l'internement³. Celui-ci est devenu une mesure à durée indéterminée, ce qui constitue un changement majeur par rapport à la législation précédente qui prévoyait un régime de mesure à durée indéterminée relative⁴. En outre, l'interné s'est vu reconnaître le droit de demander à la commission de défense sociale⁵ (nouveau nom donné à l'ancienne commission de l'annexe psychiatrique) d'examiner tous les six mois la possibilité qu'il soit libéré si son état mental s'est suffisamment amélioré et si les conditions de sa réadaptation sociale sont remplies⁶. Une commission supérieure de défense sociale a aussi été créée pour juger des recours formés par le ministère public en matière de libération. Le droit d'appel de l'avocat

¹ Rappelons qu'avant la loi de défense sociale du 9 avril 1930, lorsqu'une personne était acquittée sur la base de l'article 71 du Code pénal, le ministère public pouvait requérir auprès de l'autorité administrative la collocation des déments (en application de la loi du 18 juin 1850 sur le régime des aliénés, modifiée par la loi du 28 décembre 1873). Il s'agissait toutefois d'une mesure administrative.

² Loi de défense sociale du 1^{er} juillet 1964 à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, *M.B.*, 17 juillet 1964. Dès 1935, une Commission fut mise en place pour proposer des réformes. Elle remit un rapport rédigé par Léon Cornil et Louis Braffort. Après la fin de la Seconde Guerre mondiale, deux commissions furent successivement instituées et placées sous la présidence du chevalier Adolphe Braas. Elles donnèrent lieu à un avant-projet de réforme de la loi du 9 avril 1930. Pour plus de développements, voy. H. D. Bostly et N. COLETTE-BASECOZ, « La nouvelle loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », in *Actes du colloque international organisé à La Roche-sur-Yon par l'I.C.E.S. les 15 et 16 février 2008, ayant pour thème : « Regards croisés sur l'irresponsabilité pénale : droit, santé, cultures »*, Paris, Cujas, 2009, p. 56.

³ Concernant la mise en application effective de cette loi, voy. P. COSYNS, C. D'HONT, D. JANSSENS, E. MAES et R. VERELLEN, « Les internés en Belgique : les chiffres », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, pp. 364-380.

⁴ « En écartant l'ancienne disposition de l'article 19 de la loi du 9 avril 1930 qui confiait aux juridictions répressives le soin de fixer la durée de l'internement (5 ans, 10 ans ou 15 ans suivant la gravité des faits), la loi nouvelle du 1^{er} juillet 1964, entrée en application le 1^{er} septembre 1964, eut pour premier mérite d'effacer toute trace d'un caractère punitif à la mesure d'internement, ne laissant plus apparaître que sa fonction thérapeutique et sociale. Elle eut de plus pour double effet de donner aux commissions nouvelles le droit d'apprécier, selon des critères repris à l'article 18, de l'opportunité ou de l'inopportunité de mettre fin à la mesure d'internement indéterminée dans le temps, et, dès lors, de conférer aux dites commissions le caractère d'institution "parajudiciaire" suivant l'expression de P.E. Trousse » (O. VANDEMEULEBROEKE, « Un autre régime d'internement des délinquants atteints d'un trouble mental. La loi du 21 avril 2007 », *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 324).

⁵ O. VANDEMEULEBROEKE, « Les commissions de défense sociale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1986, pp. 166-243.

⁶ Sous l'empire de la loi de 1930, l'interné disposait déjà du droit de demander que la commission de l'annexe psychiatrique examine tous les six mois l'éventualité de sa libération. La loi du 1^{er} juillet 1964 n'innove donc pas sur ce point mais le caractère indéterminé de la durée de l'internement avait rendu d'autant plus nécessaire ce droit de l'interné.

de l'interné n'a été accordé que plus tardivement, par une loi du 10 février 1998⁷. Les droits de la défense ont par ailleurs été renforcés (assistance obligatoire de l'avocat à tous les stades de la procédure, possibilité pour l'interné de se faire examiner par un médecin de son choix dans certaines conditions...). Une guidance sociale pour les libérés à l'essai a aussi été instaurée.

La loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle a ensuite modifié l'intitulé de la loi de défense sociale du 1^{er} juillet 1964, devenant : « loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels » (ci-après, « loi de défense sociale »). Ce faisant, une confusion de genre a été introduite dans la loi de défense sociale. Les récidivistes, délinquants d'habitude et auteurs de délits sexuels ne souffrent pas, quant à eux, de troubles mentaux. Le point commun avec les déments et les anormaux est que ces différentes catégories de personnes représentent un danger pour la société, raison pour laquelle le législateur les a tous réunis dans une même loi de défense sociale⁸.

Il a fallu attendre la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines⁹, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, pour rompre avec une logique d'assimilation des récidivistes et auteurs d'infractions à caractère sexuel avec les personnes souffrant de troubles mentaux¹⁰. Seules ces dernières pouvaient dorénavant être concernées par une mesure d'internement.

La nécessité de procéder à une réforme de l'internement a été mise en exergue à la suite des événements tragiques qui ont bouleversé la Belgique à l'occasion des affaires Dutroux et Derochette¹¹. L'affaire Derochette a été considérée comme un exemple des imperfections de la loi de défense sociale pour assurer la protection de la société à l'encontre des délinquants sexuels malades mentaux s'attaquant aux mineurs¹². À la suite des dysfonctionnements mis en lumière par les conclusions de la commission Dutroux, une Commission « internement » a été instaurée. Elle a été chargée de dresser un état des lieux des problèmes soulevés par la loi de défense sociale, celle-ci étant apparue incomplète et insatisfaisante sur plusieurs points¹³. Sa mission était aussi de formuler des propositions dans le but d'améliorer la loi et l'efficacité de son suivi¹⁴. Cette commission a été mise sur pied par le ministre de la Justice de l'époque, Stefaan De Clerck. Installée effectivement le 23 septembre 1996, placée sous la présidence du

⁷ M.B., 18 mars 1998.

⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « Le contexte légal : les avatars de la loi de défense sociale ou le changement dans la continuité », in Y. CARTUYVELS, B. CHAMPIETIER et A. WYVEKENS, *Soigner ou punir ? Une approche critique de la défense sociale en Belgique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2010, p. 25.

⁹ M.B., 9 mai 2007.

¹⁰ Projet de loi relatif à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2054/1, p. 4. Voy. M. VAN DE KERCHOVE, « Les avatars de la loi belge de défense sociale : le changement dans la continuité », *Déviante et Société*, n° 3, 2010, p. 7.

¹¹ Le corps sans vie de la petite Loubna Benaïssa avait été retrouvé le 5 mars 1997 dans la maison de Patrick Derochette. Ce dernier avait déjà fait l'objet d'un internement au cours duquel il avait été très rapidement libéré à l'essai. Par la suite, il fut poursuivi pour l'enlèvement et le meurtre de la petite Loubna Benaïssa et la chambre du conseil ordonna à nouveau son internement.

¹² Rapport fait le 14 avril 1997 au nom de la commission d'enquête parlementaire sur la manière dont l'enquête, dans ses volets policiers et judiciaires, a été menée dans « l'affaire Dutroux-Nihoul et consorts », *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 713/6, pp. 29-38, 103-104, 138-143 et 181-182.

¹³ F. ROGGEN, « L'évolution en droit pénal des mesures prises à l'égard des anormaux », in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 791.

¹⁴ S. DE VUYSERE, « Wetgevende initiatieven inzake internering », in D. VAN DAELE (ed.), *Actuele thema's uit het strafrecht en de criminologie*, Leuven, Universitaire Pers, 2004, pp. 70-75.

baron J. Delva, elle a été instituée officiellement par arrêté royal du 22 janvier 1998¹⁵. Elle a remis son rapport final au ministre de la Justice en avril 1999¹⁶.

La Commission « internement » a suggéré d'adapter la terminologie en remplaçant les notions de démente, de débilité mentale et de déséquilibre mental par l'expression « trouble mental », jugée plus conforme aux conceptions psychiatriques actuelles. Il a aussi été recommandé d'ajouter au critère des facultés dites « volitives » (c'est-à-dire la capacité de se contrôler) déjà présent dans la loi de défense sociale, celui des facultés dites « cognitives » (c'est-à-dire la capacité de discernement). La commission a par ailleurs donné des indications précises en vue de réorganiser l'expertise psychiatrique qu'elle estime être un préalable obligé à une mesure d'internement. La nécessité de développer les structures de soins destinées aux internés a également été mise en exergue. Notons à cet égard que, dans la loi de défense sociale, l'aspect sécuritaire de la mesure d'internement l'emportait largement sur l'aspect thérapeutique¹⁷.

Sur la base des travaux de cette commission¹⁸, un avant-projet de loi a été rédigé par Oscar Vandemeulebroeke, vice-président de la commission¹⁹. Tenant compte des remarques des acteurs « de terrain », le texte a été modifié et déposé au Parlement en tant que projet de loi par le ministre de la Justice le 7 avril 2003²⁰. Ce projet n'a toutefois pas été adopté et plusieurs propositions de loi ayant le même objet ont ensuite été déposées. C'est un projet de loi déposé au Parlement le 10 janvier 2007 par la ministre de la Justice Laurette Onkelinx²¹ qui aboutira à la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental²².

En ce qui concerne l'exécution de la mesure d'internement, la loi du 21 avril 2007 s'est inspirée largement des modalités d'exécution introduites par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine. Le but recherché par le législateur était de favoriser un retour progressif de l'interné dans la société²³. Les conditions à remplir pour l'octroi d'une libération définitive ont, quant à elles, été sérieusement renforcées dans le but d'assurer une meilleure protection de la société.

Comme l'a souligné Oscar Vandemeulebroeke, la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, nonobstant les changements et les innovations qu'elle apporte au régime de l'internement, a maintenu une continuité

¹⁵ M.B., 30 janvier 1998.

¹⁶ Commission « internement » (sous la présidence de feu le baron J. Delva), *Rapport final des travaux*, Bruxelles, Ministère de la Justice, avril 1999 ; O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi de défense sociale du 1^{er} juillet 1964. Vers une modernisation ? Un renouveau ? Une vision nouvelle ? », *J.T.*, 2000, pp. 331-334 et P. COSYNS, « Internering. Een doorbraak in het herzieningsproces van de wet », *Panopticon*, 1999, pp. 313-318.

¹⁷ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pouri III »*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, p. 3.

¹⁸ Sur les discussions qui ont suivi le dépôt du rapport final de la commission « internement », voy. S. DE VUYSERE, « Wetgevende initiatieven inzake internering », *op. cit.*, pp. 70-75.

¹⁹ Voy. S. DE VUYSERE, « Wetgevende initiatieven inzake internering », *op. cit.*, pp. 70-75.

²⁰ Projet de loi du 7 avril 2003 modifiant les lois relatives à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2453/001.

²¹ Projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/001.

²² M.B., 13 juillet 2007.

²³ N. COLETTE-BASECOZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », in *Actualités de droit pénal*, Limal, Anthémis, 2015, p. 162.

avec les législations qui l'ont précédée²⁴. Ce n'était dès lors pas une loi de rupture, son objectif étant de contribuer de manière constructive à l'amélioration de la législation en matière d'internement²⁵. Les juridictions pénales peuvent toujours ordonner l'internement des délinquants qui ont commis un fait qualifié crime ou délit et qui sont au moment du jugement dans un état de trouble mental défini par la loi²⁶. La loi du 21 avril 2007 complète et précise toutefois les conditions qui devront être remplies à cette fin. Elle adopte par ailleurs une terminologie plus conforme à l'évolution de la psychiatrie.

Si la loi du 21 avril 2007 constituait une réelle avancée par rapport à la loi de défense sociale, il demeurait toutefois de nombreuses lacunes qui ont fait obstacle à son entrée en vigueur. La principale lacune de la loi du 21 avril 2007 résidait dans l'absence du psychiatre au sein de l'instance décisionnelle dans le cadre de l'exécution de l'internement²⁷. Cette disparition était une conséquence de la suppression des commissions de défense sociale et de la commission supérieure de défense sociale et du transfert de leurs compétences au tribunal de l'application des peines²⁸.

D'autres critiques étaient par ailleurs adressées à cette législation, portant principalement sur sa complexité et sur sa rigidité²⁹. La loi du 21 avril 2007 comptait non moins de 157 articles, alors que la loi de défense sociale n'en comprenait que 32. La loi était également considérée comme trop rigide, en comparaison avec la loi de défense sociale, ne permettant d'accorder une libération à l'essai que si l'interné avait déjà bénéficié d'un congé, d'une permission de sortie, d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique. La loi du 1^{er} juillet 1964 était à cet égard plus souple car l'interné qui comparaissait librement à la première audience devant la commission de défense sociale pouvait être libéré à l'essai³⁰. Dans la loi du 21 avril 2007, pour un tel cas, les seules modalités que le tribunal de l'application des peines pouvait prononcer lors de la première audience étaient la détention limitée ou une surveillance électronique. Il n'avait pas la possibilité d'octroyer à ce moment des permissions de sortie ou des congés³¹. Une telle solution pouvait amener à des décisions de placement inutiles³² et à un manque de souplesse dans le suivi thérapeutique. Elle apparaissait dès lors peu conforme à une philosophie de la loi davantage axée sur le soin. En outre, la loi du

21 avril 2007 ne laissait pas assez de pouvoir d'initiative au tribunal de l'application des peines³³. En effet, l'initiative de la demande de l'octroi d'une modalité appartenait à l'interné ou à son conseil ainsi qu'au directeur de l'établissement dans le cas des internés « oubliés »³⁴.

La Cour constitutionnelle a été saisie de recours en annulation contre la loi du 21 avril 2007³⁵. Le 6 novembre 2008, elle a rendu un arrêt d'annulation partielle, estimant que certaines dispositions de la loi contenaient des discriminations entre les internés et les autres justiciables en ce qui concerne les garanties procédurales et les droits de la défense³⁶. En définitive, cette loi du 21 avril 2007 n'entrera jamais en vigueur³⁷, en raison du manque de moyens et des différentes lacunes évoquées ci-dessus.

Le 21 février 2013, le sénateur Bert Anciaux dépose une proposition de loi bicamérale³⁸ afin d'améliorer la loi du 21 avril 2007, finalement abrogée par la loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice³⁹. Cette initiative du Bert Anciaux donnera lieu, après l'ajout de quelques amendements, à la loi du 5 mai 2014, adoptée à l'unanimité au Parlement⁴⁰. On notera au passage que le texte de loi n'a pas été examiné au sein des Commissions justice et santé publique réunies⁴¹, ce qui aurait pourtant été opportun au vu des objectifs poursuivis par le législateur qui nécessitent une collaboration constante des instances judiciaires et médicales.

La nouvelle législation va intégrer les changements rendus nécessaires à la suite de l'annulation de certaines dispositions de la loi du 21 avril 2007 par la Cour consti-

²⁴ O. VANDEMEULEBROEKE, « Un autre régime d'internement des délinquants atteints d'un trouble mental. La loi du 21 avril 2007 », *op. cit.*, p. 310.

²⁵ Proposition de loi relative à l'internement des personnes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Talhaoui, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2001/6, p. 4.

²⁶ H. D. Bostly et N. COLETTE-BASECQZ, « La nouvelle loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, p. 60.

²⁷ Les travaux préparatoires de la loi du 21 avril 2007 contiennent des précisions sur cette volonté délibérée d'exclure le psychiatre de l'organe décisionnel en matière de suivi de l'internement (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Exposé introductif de Madame Laurette Onkelinx, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-1007, n° 51-2841/004, p. 42 ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Exposé introductif de la ministre de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2094/3, pp. 11-13).

²⁸ N. COLETTE-BASECQZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, p. 162.

²⁹ O. VANDEMEULEBROEKE, « Un autre régime d'internement des délinquants atteints d'un trouble mental. La loi du 21 avril 2007 », *op. cit.*, p. 362 ; D. VANDERMEERSCH, « La loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *J.T.*, 2008, p. 125 ; N. COLETTE-BASECQZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, p. 162.

³⁰ Voy. l'article 25 de la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental.

³¹ D. VANDERMEERSCH, « La loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, p. 121.

³² N. COLETTE-BASECQZ, « La nouvelle loi relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, p. 11.

³³ Le tribunal de l'application des peines ne pouvait se prononcer d'office que dans trois cas : la libération définitive de l'interné, la prolongation d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique qu'il a précédemment ordonnées. Sur ce point, la législation posait également problème au regard de l'article 5, § 4, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, quant au contrôle de la légalité du maintien de l'internement (N. COLETTE-BASECQZ, « Une annulation partielle de la nouvelle loi relative à l'internement avant même qu'elle ne rentre en vigueur... », note sous C.C., 6 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 199).

³⁴ Sur l'intention des auteurs de la loi du 21 avril 2007 de protéger les internés « oubliés », voy. le projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/001, p. 40.

³⁵ C.C., 6 novembre 2008, *J.T.*, 2009, note N. COLETTE-BASECQZ, « Une annulation partielle de la nouvelle loi relative à l'internement avant même qu'elle n'entre en vigueur... », p. 194.

³⁶ La Cour constitutionnelle a estimé qu'en omettant de prévoir que l'avis du directeur et l'avis du ministère public sont obligatoirement communiqués également au conseil de l'interné, les dispositions attaquées de la loi du 21 avril 2007 placent l'avocat dans l'impossibilité de remplir correctement sa mission de conseil et de défense. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions qui omettent de prévoir que le conseil de l'interné peut obtenir une copie du dossier. La Cour constitutionnelle a aussi considéré que le droit à un procès équitable est violé par la limitation des délais dans lesquels un pourvoi en cassation peut être introduit contre la décision du tribunal de l'application des peines et un mémoire peut être déposé devant la Cour de cassation.

³⁷ Conformément à l'article 157 de la loi du 21 avril 2007, l'entrée en vigueur devait avoir lieu au plus tard le premier jour du dix-huitième mois qui suit le mois de juillet 2007 (soit le 1^{er} janvier 2009). Les lois des 24 juillet 2008, 28 décembre 2011 et 31 décembre 2012 portant des dispositions diverses avaient encore postposé l'entrée en vigueur de la loi relative à l'internement. La loi du 21 avril 2007 a été finalement abrogée par la loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice (M.B., 29 décembre 2014).

³⁸ Proposition de loi du 21 février 2013 relative à l'internement de personnes, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2001/1. Signalons aussi notamment une autre proposition déposée par M. Stefaan De Clerck et Mme Sonja Becq : Proposition de loi du 16 avril 2013 modifiant la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-23746/1.

³⁹ Art. 2 de la loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, M.B., 29 décembre 2014. La législation du 21 avril 2007 a été abrogée en raison de l'adoption de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes, et en vue de son entrée en vigueur.

⁴⁰ Loi du 5 mai 2014 relative à l'internement des personnes, M.B., 9 juillet 2014.

⁴¹ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 123 ; D. PACI et M. AUVERY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, *op. cit.*, p. 17.

tutionnelle le 6 novembre 2008⁴². Elle a un intitulé raccourci par rapport à la loi du 21 avril 2007 qui l'a précédée et qui a été abrogée⁴³. Il est désormais question, dans la première version de la loi du 5 mai 2014, de la « loi relative à l'internement des personnes »⁴⁴.

Cette loi du 5 mai 2014 fera l'objet de trois recours en annulation distincts⁴⁵ devant la Cour constitutionnelle, qui a rendu un arrêt 22/2016 en date du 18 février 2016, décidant de l'annulation de l'article 79, § 1^{er}, al. 1, de la loi.

Avant même son entrée en vigueur, la loi du 5 mai 2014 sera modifiée par la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, dite ci-après « loi pot-pourri III »⁴⁶. Outre un certain nombre d'adaptations purement techniques (dont la correction de renvois à des articles erronés), d'autres changements, plus fondamentaux, ont été introduits. Ils ont été inspirés par les réalités exposées par les acteurs de terrain⁴⁷. L'un des changements majeurs consiste en l'élévation du seuil requis pour ordonner l'internement. L'intitulé de la loi a aussi été raccourci, les mots « de personnes » ont été supprimés (gardant ainsi « loi relative à l'internement »). Le législateur a considéré que ces mots étaient superflus au motif qu'il ne peut être procédé à l'internement que de personnes⁴⁸. Cette loi pot-pourri III a fait l'objet de deux recours en annulation⁴⁹, sur lesquels la Cour constitutionnelle s'est prononcée dans un arrêt 80/2018 du 28 juin 2018.

La loi du 4 mai 2016 fera ensuite à son tour l'objet de modifications par la loi du 25 décembre 2016 dite « pot-pourri IV »⁵⁰, puis par les articles 293 à 311 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice⁵¹, dite « pot-pourri V ». La loi du 5 mai 2014 est finalement entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2016⁵².

Dans les développements qui suivent, nous ne retracerons pas en détail toutes les étapes de la réforme de l'internement, depuis la loi du 9 avril 1930 jusqu'à ce jour.

⁴² C.C., 6 novembre 2008, *op. cit.* La Cour constitutionnelle avait annulé les articles 26, § 4, alinéa 2, 34, alinéa 2, 39, § 3, 40, 42, § 3, alinéa 2, 53, § 4, alinéa 4, 58, § 3, alinéa 2, 70, § 2, alinéa 2, 73, § 3, alinéa 2, 85, § 2, alinéa 2, 98, § 3, alinéa 2, et 116, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 21 avril 2007.

⁴³ Art. 2 de la loi du 19 décembre 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 29 décembre 2014.

⁴⁴ Sur la genèse de la loi du 5 mai 2014, voy. B. ANCIAUX, « Barensweten. De genese van de wet op de internering van personen van 2014 », in J. CASSELMANS, R. DE RYCK, H. HEIMANS (eds.), *Internering: nieuwe interneringswet en organisatie van de zorg*, Brugge, die Keure, 2015, pp. 27-46.

⁴⁵ Ces recours sont inscrits sous les numéros 6082, 6136 et 6138 du rôle de la Cour constitutionnelle.

⁴⁶ C'est le chapitre 17 (articles 143 à 250) de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B.*, 13 mai 2016, qui reprend les modifications apportées à la loi du 5 mai 2014. Pour un exposé de la matière de l'internement modifiée par la loi pot-pourri III, voir N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 3^e éd., Limal, Anthémis, 2016, pp. 366-381.

⁴⁷ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/001, p. 94.

⁴⁸ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, pp. 3-5.

⁴⁹ Ces recours sont inscrits sous les numéros 6538 et 6539 du rôle de la Cour constitutionnelle.

⁵⁰ Loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 30 décembre 2016, voir Chapitre 29 – Modifications de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice.

⁵¹ *M.B.*, 24 juillet 2017.

⁵² Loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, *M.B.*, 9 juillet 2014 et loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, dite « pot-pourri III », *M.B.*, 13 mai 2016 (article 87).

Nous avons choisi de nous concentrer sur le régime de la nouvelle loi du 5 mai 2014 relative à l'internement (ci-après « loi du 5 mai 2014 »), actuellement en vigueur. Le commentaire de certaines dispositions de la nouvelle législation nous amènera cependant à évoquer les projets antérieurs de façon à mieux évaluer le dispositif actuel et à nous interroger sur la philosophie générale du régime de l'internement qui, nous le verrons, n'a pas été fondamentalement remise en question par la loi du 5 mai 2014.

II. L'incapacité pénale au sens de l'article 71 du Code pénal

Nous commencerons par distinguer l'incapacité pénale de la mesure d'internement qui peut s'ensuivre. Un aperçu de l'évolution législative et jurisprudentielle se rapportant à l'article 71 du Code pénal nous permettra ensuite d'évaluer le champ d'application de celui-ci, tel qu'il a été délimité par la loi du 4 mai 2016. Nous nous interrogerons également sur l'application dans le temps de la nouvelle disposition légale.

A. La distinction entre l'incapacité pénale et la mesure d'internement

Le Code pénal et la loi du 5 mai 2014 s'inscrivent dans des approches distinctes mais néanmoins complémentaires. Le premier énonce une cause de non-imputabilité pénale fondée sur le trouble mental tandis que la seconde organise le régime de l'internement conçu comme une mesure de sûreté, et non comme une peine.

Avant même de nous intéresser au champ d'application de l'article 71 du Code pénal, que nous comparerons par la suite à celui de l'internement, deux différences importantes nous paraissent devoir être rappelées. La première se rapporte au recours facultatif à l'expertise psychiatrique dans le cas de l'article 71 du Code pénal, la seconde est une distinction temporelle. Nous présenterons également la notion d'inaptitude à subir son procès.

1. Le recours à l'expertise psychiatrique

La loi du 5 mai 2014 n'a rendu obligatoire le recours à l'expertise psychiatrique que dans l'hypothèse où le juge envisage de prononcer un internement, et non dans le cadre de l'application de l'article 71 du Code pénal.

Le juge apprécie souverainement⁵³, sur la base des éléments produits aux débats⁵⁴, si l'inculpé ou le prévenu se trouvait, au moment des faits, dans l'état mental visé à l'article 71 du Code pénal⁵⁵.

Lorsqu'il décide d'acquitter le prévenu ou de le faire bénéficier d'un non-lieu, le juge n'est pas tenu de solliciter l'avis préalable d'un expert psychiatre. Il en va de même lorsqu'il refuse d'admettre l'irresponsabilité pénale fondée sur le trouble mental. La

⁵³ Notons que le juge pénal est souverain dans son appréciation et qu'il n'est pas lié par le fait que l'intéressé soit sous statut d'incapacité juridique sur le plan civil (Y.-H. LELAU, *Droit des personnes et des familles*, Liège, Larcier, 2005, p. 195). N. COLETTE-BASECQZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, p. 156.

⁵⁴ Cass., 22 juillet 2008, R.G. P.08.0965.F, www.cass.be.

⁵⁵ Cass., 18 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 653.

pratique révèle toutefois que, même s'il n'y est pas contraint par la loi, le juge désigne souvent un expert psychiatre avant de se prononcer sur l'existence d'une cause de non-imputabilité fondée sur le trouble mental. Pour notre part, nous sommes d'avis que, dès que se pose la question de la détermination de l'état mental de la personne au moment des faits, il est dans l'intérêt de l'administration d'une bonne justice que le juge dispose de l'éclairage d'un expert psychiatre avant de rendre sa décision.

2. Le moment de prise en considération de l'état mental

Une deuxième différence, de nature temporelle⁵⁶, porte sur le moment auquel l'état mental est pris en compte. L'article 71 du Code pénal vise le trouble mental au moment des faits alors que la loi relative à l'internement requiert que ce trouble soit présent au moment du jugement (peu importe que l'inculpé ou le prévenu était ou non atteint d'un trouble mental lorsqu'il a commis les faits).

Les cours et tribunaux ont parfois appliqué l'article 71 du Code pénal lorsque c'est postérieurement aux faits que le prévenu s'est trouvé privé de ses facultés mentales, bien que l'article 71 ne vise pas explicitement cette hypothèse⁵⁷. Il a ainsi été admis que si le trouble mental est présent au moment du jugement, et que les conditions ne sont pas réunies pour ordonner un internement, il ne peut pas être fait application de la loi pénale, et cela même si le prévenu était sain d'esprit au moment où il a commis les faits⁵⁸.

3. La notion d'incapacité à subir son procès

La question de l'aptitude du prévenu, sain d'esprit au moment des faits mais devenu dément au jour du jugement, à subir son procès, mérite aussi d'être examinée au regard des garanties procédurales qui doivent encadrer le procès pénal. L'état mental déficient au moment du jugement peut, en effet, avoir une incidence sur le droit à un procès équitable. Un arrêt de la cour d'appel de Liège⁵⁹ a fait une application intéressante, et à notre connaissance novatrice, de cette notion d'aptitude à subir son procès.

Dans une cause où un prévenu, poursuivi pour des faits de vols avec violences et menaces, commis alors qu'il était tout à fait sain d'esprit, s'est trouvé, à la suite d'une agression, dans un état végétatif non susceptible d'amélioration selon les conclusions médicales, le tribunal correctionnel de Namur avait renvoyé le prévenu des pour-

⁵⁶ Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Chr. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, 10^e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, p. 433.

⁵⁷ N. COLETTE-BASECOZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », in Chr. GUILLAIN et D. SCALIA (dir.), *La réforme du Livre 1^{er} du Code pénal*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 84 ; N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 372-374.

⁵⁸ Cass., 26 février 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 180, suivie d'une note de P. LECLERCQ critiquant la solution admise par l'arrêt de la Cour de cassation. Voy. également Bruxelles, 4 décembre 1995, *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 350 ; Corr. Anvers, 22 février 1933, *Rev. dr. pén. crim.*, 1933, p. 604 ; Pol. Charleroi, 11 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1412 ; N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 372-374 ; Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Chr. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 434. Notons que cette interprétation extensive est critiquée par la doctrine.

⁵⁹ Liège (6^e ch.), 26 avril 2017, R.G. 2017/CO/186, inédit.

suites⁶⁰. Saisie de l'appel formé par le ministère public, la cour d'appel de Liège⁶¹ a réformé ce jugement.

Dans son arrêt du 26 avril 2017, sur le fond, la juridiction d'appel a estimé ne pas pouvoir faire application de l'article 71 du Code pénal au motif qu'au moment des faits, le prévenu ne se trouvait pas dans un état de démence. Elle a en effet rappelé que c'est suite à une agression postérieure aux infractions que le prévenu s'est trouvé dans un état de démence ou de déséquilibre mental grave le rendant incapable du contrôle de ses actes. Notons, au passage, que si cet arrêt est postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014, la terminologie utilisée est toujours celle de l'ancienne loi. La cour d'appel n'a pas non plus ordonné l'internement car les conditions légales n'étaient pas réunies. Le risque que le prévenu ne commette de nouveaux faits était, en l'espèce, inexistant.

La cour d'appel a ensuite développé une approche intéressante inspirée de la *common law*⁶². Elle a estimé que l'état physique et psychique du prévenu « l'empêche concrètement de participer à son procès ». Elle a dès lors constaté que le prévenu était « inapte au procès » même si, en droit belge, il ne s'agit pas d'un principe général de droit⁶³. Elle a ajouté que la capacité intellectuelle du prévenu « est réduite à néant, de sorte qu'il est incapable de comprendre la nature et l'objet des poursuites, de pouvoir préparer sa défense, de suivre les débats, et de comprendre la portée de la sanction qui serait, le cas échéant, prononcée si les faits devaient être déclarés établis ».

Suivant les réquisitions du ministère public, la cour d'appel de Liège a jugé que les poursuites devaient être déclarées irrecevables sous peine de violer le droit à un procès équitable.

Cette notion d'incapacité à subir son procès trouve un ancrage dans le droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette disposition conventionnelle, d'effet direct, prime sur les dispositions du droit interne. Elle pourrait, selon nous, être plus fréquemment utilisée par les cours et tribunaux dans des situations similaires à celle jugée dans le cas d'espèce. Lorsque l'état mental déficient au moment du jugement prive l'intéressé d'un droit à un procès équitable, cette situation nous paraît justifier l'irrecevabilité de l'action publique. Notons qu'en se plaçant, en amont, au niveau de l'examen de la recevabilité de l'action publique, la question de fond touchant à l'irresponsabilité pénale fondée sur l'état mental ne nous semble pas devoir être traitée.

⁶⁰ Corr. Namur (12^e ch.), division Namur, 25 novembre 2016, R.G. NA.11.L5.2238-09, inédit.

⁶¹ Liège (6^e ch.), 26 avril 2017, R.G. 2017/CO/186, inédit.

⁶² Elle est notamment reconnue dans l'article 2 du Code criminel canadien. L'incapacité à subir son procès y est définie comme « l'incapacité de l'accusé en raison de troubles mentaux d'assumer sa défense, ou de donner des instructions à un avocat à cet effet, à toute étape des procédures, avant que le verdict ne soit rendu, et plus particulièrement incapacité de : a) comprendre la nature ou l'objet des poursuites ; b) comprendre les conséquences éventuelles des poursuites ; c) communiquer avec son avocat (*unfit to stand trial*) ».

⁶³ Cass., 4 juin 2013, note O. MICHIELS, « Le droit pour le prévenu de comparaître personnellement devant les juridictions répressives », *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 108.

B. La version originale de l'article 71 du Code pénal

À l'origine, dans le Code pénal de 1867, l'article 71 était rédigé en ces termes : « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait [...] ».

1. L'ambiguïté de la formulation reprise à l'article 71 du Code pénal

Relevons tout d'abord l'ambiguïté d'une telle formulation⁶⁴. En effet, elle semble se référer aux causes de justification objective alors qu'il s'agit pourtant d'une cause de non-imputabilité morale entraînant l'irresponsabilité pénale⁶⁵.

À la différence des causes de justification objective, la cause de non-imputabilité morale, même si elle entraîne l'acquiescement, n'a pas comme effet de rendre le fait licite⁶⁶. Son effet spécifique est de faire échec à l'imputabilité morale de l'infraction à son auteur⁶⁷.

Pour rappel, l'imputabilité morale consiste à rattacher le fait qualifié infraction à la conscience et à la volonté de son auteur (ou participant). Elle suppose la capacité de comprendre et de vouloir dans le chef de l'agent, ce qui renvoie à la notion de libre arbitre, à la faculté de discerner le bien du mal et de déterminer sa conduite par la puissance de sa volonté⁶⁸. La responsabilité pénale ne peut en effet se concevoir en l'absence de la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes⁶⁹.

Il est intéressant de relever que le projet de réforme du Livre 1^{er} du Code pénal, actuellement en cours, introduit plus de clarté dans les différents moyens de défense. Il abroge l'expression « il n'y a pas d'infraction » et la remplace par « n'est pas pénalement responsable »⁷⁰. Ce changement de terminologie permet d'opérer une nette distinction entre causes de justification et causes de non-imputabilité⁷¹.

⁶⁴ Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYN-DONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 309 et 310 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Quel devenir pour les malades mentaux « délinquants » ? », in F. DERUYCK (ed.), *Liber Amicorum Alain de Nauw: het strafrecht bedreven*, Brugge, die Keure, 2011, p. 100 ; N. COLETTE-BASECQZ et Fr. LAMBINET, « L'élément moral des infractions », in F. LAMBINET (dir.), *L'élément moral en droit : une vision transversale*, Limal, Anthemis, 2014, p. 42 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1990, pp. 270-273 et 413-418 ; Th. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, Bruxelles, la Charte, 2017, p. 169 ; Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Chr. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 435.

⁶⁵ A. DE NAUW, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, 2^e éd., Brugge, die Keure, 2017, p. 98.

⁶⁶ N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », op. cit., pp. 61-62.

⁶⁷ Pour rappel, les causes de non-imputabilité sont générales car elles s'appliquent à toutes les infractions, quelle que soit leur nature. Elles peuvent concerner une contravention, un délit ou un crime. Il importe peu que l'infraction soit prévue dans le Code pénal ou dans une loi ou un règlement particuliers. Il peut autant s'agir d'une infraction intentionnelle que d'une simple infraction d'imprudence ou réglementaire (N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., pp. 366).

⁶⁸ Voy. J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1867, t. 1, p. 297, n° 44 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, t. 1, 6^e éd., Paris, Cujas, 1984, p. 745.

⁶⁹ N. COLETTE-BASECQZ, « Quel devenir pour les malades mentaux "délinquants" ? », op. cit., p. 100 ; G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, 3^e éd., t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 97.

⁷⁰ Cette terminologie est également celle utilisée dans d'autres pays (France, Luxembourg...).

⁷¹ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal », in *Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charte, 2016, pp. 91-92 ; N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justifica-

Dans le cas où une infraction a été commise par une personne se trouvant en état de démence au moment des faits, il ne fait aucun doute que les éléments constitutifs matériels de l'infraction sont établis dans son chef.

La question est peut-être un peu plus complexe en ce qui concerne l'élément moral. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 décembre 1941⁷², a estimé que « l'état de démence n'exclut pas nécessairement l'intention ou la volonté de commettre un acte ». Elle a aussi ajouté que « si, chez le dément, cette intention et cette volonté ne sont pas libres, elles peuvent néanmoins s'être formées dans son esprit, avoir déterminé son acte et être décelées par les circonstances dans lesquelles l'acte a été accompli ». Et la Cour de conclure : « le dément peut, en conséquence, être reconnu l'auteur d'un fait qualifié meurtre et être interné de ce chef ». Le Conseil d'État, dans un arrêt du 10 juillet 2010, va également estimer qu'une personne internée peut avoir une certaine conscience de ses actes : « le dossier administratif n'établit pas l'absence totale de conscience des faits commis, le requérant s'en excusant et admettant lors de sa seconde audition, fût-ce au milieu de propos incohérents, que "ce n'est pas bien" »⁷³.

Nous défendons l'idée selon laquelle l'absence de volonté libre dans le chef du déficient mental rend vain l'examen d'un élément moral se rapportant aux faits qualifiés infractions qu'il a matériellement commis. En effet, que signifierait l'élément intentionnel à défaut de capacité pénale ? Comment peut-on décider que le déficient mental a commis les faits volontairement s'il ne jouissait pas de la capacité de comprendre et de vouloir ? La capacité pénale est la condition préalable requise pour donner du sens à la recherche de l'élément moral de l'infraction.

Comme l'écrit Bernard Dubuisson, « l'existence de la résolution de commettre un acte n'efface pas l'exigence du discernement sans lequel il ne saurait y avoir d'imputabilité ni de faute »⁷⁴. Par exemple, la volonté du prévenu de donner la mort n'est pas une volonté « libre » en l'absence de capacité pénale, de telle sorte que l'infraction ne peut lui être imputée. Dans le même sens, la Cour de cassation, dans un arrêt du 23 février 2017, a précisé que « la faute intentionnelle suppose qu'elle ait été commise librement et consciemment »⁷⁵.

2. La notion de démence et son contenu

Les auteurs du Code pénal se sont bien gardés de donner une définition de la démence, ne voulant pas empiéter sur les variétés de l'état mental que la pratique révèle⁷⁶. Il n'en demeure pas moins que selon leur volonté, l'article 71 avait vocation à s'appliquer non seulement aux cas d'abolition totale des facultés mentales mais aussi à ceux

tion, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », op. cit., p. 62.

⁷² Cass., 10 décembre 1941, *Pas.*, 1942, I, p. 447. La cour d'appel de Mons, chambre des mises en accusation, a fait explicitement référence à cette jurisprudence (Mons, (ch. mis. acc.) 15 juin 1999, *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, p. 742).

⁷³ C.E., 10 juillet 2010, arrêt Lambrechts, n° 206.549, cité par O. NEDERLANDOT et O. MICHELIS, « Le régime disciplinaire appliqué aux internés : irresponsables au pénal, responsables au disciplinaire ? », *J.T.*, 2016, p. 567.

⁷⁴ B. DUBUISSON, « La faute intentionnelle en droit des assurances. L'éclairage du droit pénal », in *Liber Amicorum Henri D. Bosly : loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 188.

⁷⁵ Cass., 23 février 2017, C.15.0243.F, www.cass.be.

⁷⁶ J.-S.-G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et Complément du Code pénal belge*, op. cit., p. 201, n° 120.

d'altération partielle, pouvant laisser subsister des intervalles de lucidité⁷⁷. Chauveau, Helie et Nypels l'ont ainsi confirmé, « la démence, dans le sens légal de ce mot, n'est point une complète abolition de l'intelligence [...]. Cette définition serait évidemment trop absolue, puisqu'elle rejeterait hors les termes de la loi tous les aliénés qui auraient conservé quelques rayons, même à demi éteints, de leur intelligence, tous ceux même à qui la maladie permettrait de jouir encore de quelques intervalles lucides »⁷⁸. Selon J.-J. Haus, la notion de démence fait référence à une perturbation des facultés intellectuelles (et non une abolition) qui peut être complète ou partielle, permanente ou passagère⁷⁹. L'interprétation de la notion de démence suivie par les cours et tribunaux⁸⁰ semblait aussi englober des états graves de perturbation mentale, quelle qu'en soit la cause⁸¹.

Le contenu de la notion de démence, et la question de savoir s'il visait aussi des cas d'altération mentale grave, sont cependant demeurés sujets à controverses⁸². Une partie de la doctrine⁸³ était d'avis qu'il devait s'agir d'une démence complète. Cet avis était aussi exprimé dans le rapport de la Commission de la Justice du Sénat dans le cadre des travaux préparatoires de la loi de défense sociale du 9 avril 1930⁸⁴.

À la suite de l'adoption de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude⁸⁵, remplacée ultérieurement par la loi du 1^{er} juillet 1964⁸⁶, l'état mental susceptible d'entraîner l'irresponsabilité pénale, repris à l'article 71 du Code pénal sous le vocable de « démence », a été entendu aux cas de déséquilibre mental grave et de débilité mentale rendant la personne incapable du contrôle de ses actes⁸⁷. Les déments et les anormaux ont ainsi fait l'objet d'un traite-

⁷⁷ J.J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du Code pénal*, t. 1, 3^e éd., Gand, de Busscher-Braeckman, 1835, p. 209 ; P.-É. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, t. 1, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, vol. 2, 1962, p. 386.

⁷⁸ A. CHAUVÉAU, F. HELIE et J.-S.-G. NYPELS, *Théorie du Code pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1862-1863, 2^e éd., p. 281, n° 830.

⁷⁹ J.J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du Code pénal*, op. cit., p. 209.

⁸⁰ La notion de démence ne se confond cependant pas avec la notion de « maladie mentale » au sens de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux (Cass., (2^e ch.), 25 mars 2003, *R.W.*, 2006-2007, p. 789 et *Pas.*, 2003, I, p. 623).

⁸¹ Th. COLLIGNON et R. VAN DER MADE, *La loi belge de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude (loi du 9 avril 1930) - Commentaire doctrinal et jurisprudentiel*, Bruxelles, Larcier, 1943, p. 103 ; J.-S.-G. NYPELS, *Le Code pénal belge interprété*, Bruxelles, Bruylant, 1^{re} éd., 1896, pp. 225 et 226 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Quel devenir pour les malades mentaux "délinquants" ? », op. cit., p. 99 ; N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », op. cit., pp. 80-81.

⁸² N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », op. cit., pp. 78-86.

⁸³ K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, Antwerpen, Intersentia, 2018, p. 187 ; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, op. cit., p. 271. Voy. aussi Th. COLLIGNON et R. VAN DER MADE, *La loi de défense sociale*, Bruxelles, Larcier, 1942, p. 132 ; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries nationales, 1965, t. 1, n° 329 ; L. DUPONT, « Wisselwerking tussen artikel 71 Sw. en de wet van 9 april 1930 », note sous Anvers (ch. mis. acc.), 20 janvier 1978, *R.W.*, 1977-1978, col. 2069. Voy. Aussi J. MATTHIJS, « La loi de défense sociale à l'égard des anormaux. Évolution des concepts », *J.T.*, 1965, p. 166.

⁸⁴ *Pasin.*, 1930, p. 103.

⁸⁵ L. CORNILL, « La loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930 », *Rev. dr. pén. crim.*, 1930, pp. 837-879 et 1019-1069 ; Th. COLLIGNON et R. VAN DER MADE, *La loi belge de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude (loi du 9 avril 1930) - Commentaire doctrinal et jurisprudentiel*, op. cit., p. 345 ; P.-É. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, op. cit., t. 1, vol. 1, pp. 386-391.

⁸⁶ Loi du 1^{er} juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels, *M.B.*, 17 juillet 1964.

⁸⁷ Cass., 15 septembre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 523.

ment identique⁸⁸, tant sous l'angle du Code pénal que sous celui de la loi de défense sociale. Même si le législateur a visé les états mentaux rendant la personne incapable du contrôle de ses actes, il n'était pas exigé, pour autant, que l'intéressé ait perdu totalement le contrôle de ses actes⁸⁹.

Les états mentaux pris en compte dans le cadre de l'irresponsabilité pénale peuvent être persistants, relativement persistants ou momentanés⁹⁰.

En effet, une perturbation occasionnelle de l'état mental, survenant au moment des faits et ayant disparu par la suite, peut aussi donner lieu à l'irresponsabilité pénale. Notons qu'elle ne pourrait entraîner une mesure d'internement vu la disparition du trouble au moment du jugement.

On peut lire dans les Nouvelles que les troubles psychiques momentanés, qui se produisent au moment de la perpétration de l'infraction, sont une cause de non-imputabilité, entraînant l'acquittement de l'inculpé, pour autant qu'ils aient aboli son intelligence ou sa volonté⁹¹.

Une perte passagère de conscience, qui trouve sa cause par exemple dans une affection cardiaque soudaine ou un accident vasculaire cérébral ou encore dans une crise d'épilepsie⁹², nous paraît relever davantage d'une contrainte irrésistible⁹³, laquelle permet également d'obtenir l'acquittement en vertu du même article 71 du Code pénal. Le trouble momentané du discernement, pour entraîner l'acquittement, doit cependant présenter un caractère imprévisible⁹⁴.

Selon Franklin Kuty, les troubles momentanés et fortuits du comportement (parmi lesquels il range notamment l'épilepsie, l'accident vasculaire cérébral, le somnambulisme, l'influence de stupéfiants...), lorsqu'ils n'altèrent pas les facultés intellectuelles de l'agent, peuvent néanmoins le priver du contrôle permanent de ses actes⁹⁵. L'agent ne peut dès lors être reconnu responsable pénalement si aucun comportement fautif n'est à l'origine de son trouble.

En guise d'illustration d'un trouble mental passager, nous pouvons faire référence à un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 27 mai 2017⁹⁶ se rapportant à des coups et blessures volontaires et des menaces dans un contexte d'injection de substances médicamenteuses. Il s'agissait d'un patient qui, arrivé aux urgences de l'hôpital pour se faire soigner une luxation de l'épaule, s'est vu administrer des calmants. Aussitôt après, il s'est brusquement relevé, a porté des coups à une infirmière et a ensuite tenté de prendre la fuite. Un gardien de sécurité s'est interposé et a dû plaquer le patient au sol après qu'il a sorti un couteau de sa poche. Les deux infirmières

⁸⁸ G. SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, op. cit., p. 139. Pour une application, voy. Corr. Verviers (ch. Cons.), 3 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1752.

⁸⁹ K. HANOULLE, « Potpourri III als sluitstuk van de nieuwe interneringswetgeving », *Nullum Crimen*, 2016, p. 390.

⁹⁰ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 2, *L'infraction pénale*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 362.

⁹¹ P.-É. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, op. cit., t. 1, vol. 1, p. 389.

⁹² Corr. Nivelles, 3 mai 2006, *R.G.A.R.*, 2008, p. 14423 ; Pol. Turnhout, 24 octobre 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 1561.

⁹³ Cass., 20 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1217 ; Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 311.

⁹⁴ Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Chr. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 461.

⁹⁵ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1, *La loi pénale*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 421.

⁹⁶ Corr. Bruxelles (44^e ch.), 27 mai 2017, BR17.L3.22937-13, inédit.

présentes ont interprété ce comportement soudain comme une réaction aux calmants qui venaient de lui être injectés, l'une d'elles évoquant même un comportement hallucinatoire. À l'arrivée de la police, le patient était calmé. Plus d'un an après, il a déclaré n'avoir conservé aucun souvenir des faits. Le tribunal correctionnel l'a acquitté sur la base de l'article 71 du Code pénal.

C. La modification de l'article 71 du Code pénal : un rétrécissement du champ d'application de l'irresponsabilité pénale

1. Un changement terminologique : de la « démence » au « trouble mental »

Dans la version initiale de la loi du 5 mai 2014, tout comme dans la loi du 21 avril 2007 qui l'a précédée, la définition du trouble mental pouvant donner lieu à l'acquittement sur la base de l'article 71 du Code pénal était en parfaite concordance avec celle du trouble mental pouvant mener à une mesure d'internement. Il s'agissait du « trouble mental qui a aboli ou altéré gravement sa capacité de discernement ou le contrôle de ses actes ».

Les travaux préparatoires tant de la loi du 21 avril 2007⁹⁷ que de la version initiale de la loi du 5 mai 2014⁹⁸ indiquaient clairement que l'intention des auteurs de la loi n'était pas, en substituant les termes de « trouble mental » à la « démence », de modifier le champ d'application de l'article 71 du Code pénal. Ils précisaient que la modification apportée visait uniquement une adaptation terminologique. Il en résulte que le « trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes » ne recouvrait pas une portée plus large que la « démence » visée dans l'ancien article 71 du Code pénal⁹⁹.

La loi du 4 mai 2016 a toutefois rompu avec cette approche, estimant nécessaire de délimiter plus précisément le trouble mental qui pouvait entraîner l'acquittement.

Alors qu'il avait été initialement envisagé, par les auteurs de la loi du 4 mai 2016, d'en revenir à l'ancienne version de l'article 71 du Code pénal, en maintenant la notion de démence, il a été objecté, à juste titre, que cette option n'était pas conforme aux conceptions actuelles en matière de psychiatrie légale¹⁰⁰. Il a dès lors été décidé d'opter pour les termes « trouble mental », empruntés à la loi du 21 avril 2007. Le changement de terminologie était salubre puisqu'il intégrait les évolutions de la psychopathologie.

⁹⁷ Projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Discussion des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/4, p. 95.

⁹⁸ Proposition de loi du 21 février 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, rapport fait au nom de la Commission, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/4, p. 95.

⁹⁹ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *op. cit.*, pp. 92-93 ; N. COLETTE-BASECOZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁰ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/004, p. 55.

La notion de trouble mental permettait aussi d'englober tant les handicaps que les maladies mentales¹⁰¹.

La question de savoir si les troubles de la personnalité¹⁰² dont souffre un psychopathe relèvent ou non du trouble mental est, quant à elle, plus délicate¹⁰³. Il a été rappelé par la Cour de cassation¹⁰⁴ que la circonstance que la personne souffre de troubles importants de la personnalité n'exclut pas qu'elle soit capable de se gérer et d'avoir conscience de ses agissements et de leur caractère illégal¹⁰⁵. Franklin Kutry fait observer que « selon certains professionnels de la santé, il est des personnes qui ont un grave trouble de la personnalité, principalement la psychopathie ou une personnalité perverse, qui présente un risque élevé de récidive et une très grande dangerosité mais qui, du point de vue scientifique, ne sont pas à proprement parler des malades mentaux »¹⁰⁶.

2. L'exigence d'une abolition des facultés mentales

Le législateur, en modifiant l'article 71 du Code pénal par la loi du 4 mai 2016, ne s'est pas cantonné à une modernisation de la terminologie. Il a aussi abrogé les mots « ou gravement altéré », ce qui est problématique à nos yeux.

L'article 71 énonce désormais : « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était atteint au moment des faits d'un trouble mental qui a aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes [...] ». Ce faisant, le législateur a limité le champ d'application de la cause de non-imputabilité morale aux seuls cas d'abolition des facultés mentales. Il en est résulté une discordance dans les conditions relatives au trouble mental applicables à l'article 71 du Code pénal et en ce qui concerne l'internement. Nous y reviendrons ultérieurement.

¹⁰¹ Projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/1, p. 7.

¹⁰² K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, *op. cit.*, p. 166. Selon l'auteur, en Wallonie, les experts judiciaires semblent moins enclins que leurs homologues flamands à estimer que les personnes souffrant d'un trouble de la personnalité répondent aux conditions de la loi du 5 mai 2014.

¹⁰³ M. DE CLERQ et F. VANDER LAENEN, « Psychiatrische expertises bij internering: de waarborgen in de nieuwe interneringswet zijn wegekomen », *Panopticon*, 2017, p. 256. Les auteurs font observer qu'il est parfois difficile de déterminer les éléments sur lesquels s'établit précisément un diagnostic de troubles de la personnalité.

¹⁰⁴ Cass., 15 mai 2013, P.12.1994.F, *www.cass.be*, *Pas.*, 2013, I, p. 1102.

¹⁰⁵ Dans un jugement du 26 juin 2018 (Corr. Bruxelles (90^e ch.), 26 juin 2018, BR.40.LL.83478-15, inédit), se rapportant à une infraction de participation à l'activité d'un groupe terroriste, le tribunal correctionnel de Bruxelles a également estimé que la seule circonstance que la prévenue souffre de troubles importants de la personnalité n'exclut pas qu'elle soit capable de se gérer et d'avoir conscience de ses actes et de leur caractère illégal. L'expert psychiatre, après une concertation avec le psychiatre de la prison, a relevé que même si au moment de son départ en Syrie l'intéressée présentait un trouble mental qui a altéré sa capacité de discernement et le contrôle de ses actes, ce trouble a rapidement fait place, au cours même de son séjour en Syrie, à une prise de conscience dans le sens d'un meilleur discernement. Dans son rapport définitif, l'expert a relevé que « lors des faits, le "trouble mental" que nous reconnaissons correspond à son trouble thymique émotif et affectif. Cela ne l'a pas empêchée de préparer son départ en Syrie de façon déterminée sans trouble du discernement, et avec une capacité d'organisation et de dissimulation claire. Ce qu'elle présente comme "trouble" c'est son jugement, déformé par sa "foi" et son déséquilibre émotif ». Le tribunal correctionnel n'a donc pas fait application de l'article 71 du Code pénal au bénéfice du prévenu.

¹⁰⁶ F. KUTRY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 1195. Voy. aussi K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, *op. cit.*, p. 399.

Trois hypothèses peuvent se rencontrer :

– La première vise la personne saine d'esprit au moment des faits. Elle sera reconnue responsable pénalement et, le cas échéant, condamnée à une peine. Toutefois, elle pourra être internée si elle est atteinte au moment du jugement d'un trouble mental qui a gravement altéré ou aboli ses facultés mentales et si les autres conditions de l'internement sont réunies.

– Dans la deuxième hypothèse, celle d'une personne atteinte, au moment des faits, d'un trouble mental qui a gravement altéré, sans toutefois les abolir, ses facultés mentales, l'article 71 du Code pénal ne s'appliquera pas. L'auteur reste responsable pénalement mais le juge pourra néanmoins ordonner l'internement si toutes les conditions légales de l'internement sont réunies au moment du jugement. Si ces conditions ne sont pas réunies, la personne pourra faire l'objet d'une condamnation pénale.

– La troisième hypothèse concerne un prévenu atteint d'un trouble mental qui a aboli, au moment des faits, sa capacité de discernement et de contrôle de ses actes. Il sera acquitté sur le fondement de l'article 71 du Code pénal et pourra, en fonction de son état mental au moment du jugement et si les conditions sont réunies, faire l'objet d'une mesure d'internement.

Ces hypothèses peuvent se résumer dans le tableau suivant :

Moment des faits (art. 71 CP)	Moment du jugement (art. 9 loi 2014)	Décision
abolition : irresponsable (71 CP)	sain d'esprit	acquitté
	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : non-lieu/ acquiescement/mesure protection loi 1990
trouble mental grave : responsable	sain d'esprit	peine
	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : peine
sain d'esprit : responsable	sain d'esprit	peine
	abolition ou trouble mental grave	a) internement si autres conditions légales réunies b) si autres conditions pas réunies : peine

Notons que le projet de réforme du Livre 1^{er} du Code pénal reprend, pour sa part, la même formulation que celle de l'article 71 du Code pénal, tel que modifié par la loi du 4 mai 2016¹⁰⁷.

Selon le sens courant du dictionnaire¹⁰⁸, le terme « abolir » s'entend comme « anéantir », « supprimer ». Nous pourrions en déduire que si l'inculpé ou le prévenu a conservé, au moment des faits, une parcelle de lucidité, fût-elle infime, il ne pourra pas bénéficier de l'application de l'article 71 du Code pénal nonobstant le trouble mental grave dont il était atteint au moment des faits et de son incidence sur ses facultés de discernement et de contrôle de ses actes.

Les états « borderline » risquent d'échapper, plus encore que par le passé, au champ d'application de l'irresponsabilité pénale, tel que redéfini dans le nouvel article 71 du Code pénal.

Sans être « aboli » au sens de la loi, l'auteur d'une infraction qui a commis les faits sous l'emprise d'un trouble mental ayant gravement altéré ses capacités cognitives et volitives n'a pas, selon nous, agi avec son « libre arbitre », de telle sorte qu'il est peu cohérent, à notre estime, de retenir sa responsabilité pénale. La culpabilité, en ce qu'elle ouvre l'accès à une peine, nous paraît se concilier difficilement avec une telle situation.

S'agissant des règles régissant l'administration de la preuve en matière pénale¹⁰⁹, rappelons que si les circonstances de la cause rendent plausible que le prévenu, au moment des faits, était atteint d'un trouble mental qui a aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, il doit être fait application, en sa faveur, de l'article 71 du Code pénal. S'il demeure un doute raisonnable quant à l'abolition ou non des facultés mentales, eu égard par exemple à des avis divergents d'experts disposant tous d'une autorité reconnue, le juge devrait retenir, selon nous, l'interprétation la plus favorable au prévenu, c'est-à-dire l'hypothèse de l'abolition.

Afin de mieux cerner les enjeux de cette modification législative, il est intéressant de se pencher sur les discussions qui ont animé l'adoption de la loi du 4 mai 2016¹¹⁰. Les travaux préparatoires indiquent clairement que le champ d'application de l'article 71 du Code pénal est très restreint car l'irresponsabilité complète est exceptionnelle¹¹¹. Les cas d'abolition des facultés mentales au sens du nouvel article 71 du Code pénal seront en effet plutôt rares¹¹². Selon le Conseil supérieur de la Justice, « seul un petit nombre de personnes pourraient encore être déclarées irresponsables, étant donné qu'il n'existe que très peu de pathologies ayant véritablement pour effet d'abolir le contrôle d'une personne sur ses actes »¹¹³.

¹⁰⁷ N. COLETTE-BASECOZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *op. cit.*, pp. 57-108.

¹⁰⁸ Voy. dictionnaire Larousse.

¹⁰⁹ Cass., 27 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1751.

¹¹⁰ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/004, p. 55.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² K. HANOULLE, « Potpourri III als sluitstuk van de nieuwe interneringswetgeving », *op. cit.*, p. 389. Voy. également F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omniprésence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, Limal, Anthémis, 2017, p. 103 ; N. COLETTE-BASECOZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *op. cit.*, p. 88.

¹¹³ Conseil Supérieur de la Justice, Avis sur l'avant-projet de Code pénal – Livre 1^{er}, 21 juin 2017, p. 6.

3. Le sort réservé aux « non abolis », désormais reconnus responsables pénalement

S'agissant des causes dans lesquelles le trouble mental n'a pas aboli complètement la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, on peut lire dans les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 2016 qu'il serait opportun qu'il puisse y avoir « une appréciation pénale pouvant déboucher sur l'une ou l'autre peine »¹¹⁴. Les auteurs de la loi ajoutent que, dans ces cas, la peine de probation, qui oblige l'intéressé à suivre un traitement psychiatrique, serait certainement appropriée. Nous souhaiterions toutefois émettre trois objections par rapport à cette considération.

Tout d'abord, comme pour les autres peines autonomes de surveillance électronique et de peine de travail, il s'agit d'une peine consentie, qui suppose, à l'instar de ce qui est prévu pour une mesure probatoire accompagnant une suspension ou un sursis, que le prévenu ait donné, soit en personne, soit par l'intermédiaire de son conseil, son consentement¹¹⁵. Nous pouvons légitimement nous interroger sur la capacité d'une personne souffrant de troubles mentaux de consentir valablement à un traitement. Selon le ministre, « le fait que l'auteur ne peut pas donner son accord n'empêche pas de lui infliger une peine effective et de lui fournir les soins nécessaires pendant qu'il purge sa peine »¹¹⁶. Comme le relèvent à juste titre Delphine Paci et Martin Aubry, il ne peut être souscrit à un tel raisonnement : « En effet, seule la peine de prison est une peine effective ne nécessitant pas l'accord du prévenu, et le système des soins de santé en prison présente des lacunes abyssales, par ailleurs bien connues du ministre »¹¹⁷.

Ensuite, la durée de la peine de probation autonome ne peut, en vertu de l'article 370*octies*, § 2, du Code pénal, être inférieure à six mois ni supérieure à deux ans. Une durée aussi brève risque de compromettre l'efficacité d'une prise en charge psychiatrique pour certains patients qui nécessiteraient des soins à plus long terme.

Enfin, certaines infractions, dont celles en matière de mœurs, sont exclues du champ d'application de la peine de probation¹¹⁸, ce qui rend cette dernière impraticable dans un certain nombre de cas.

Quant à la possibilité d'octroyer un sursis ou une suspension probatoire, avec l'obligation de suivre un traitement psychiatrique, cette solution présente, elle aussi, des limites. En premier lieu, l'intéressé doit s'engager à respecter les conditions de probation que la juridiction détermine¹¹⁹. En deuxième lieu, ces modalités restent soumises à un délai d'épreuve qui ne peut dépasser cinq années¹²⁰. Notons, à cet égard, que, par rapport à la durée de la peine de probation, la mesure probatoire permet d'assurer, sur

¹¹⁴ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, amendement n° 54, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/004, p. 55.

¹¹⁵ Art. 370*octies*, § 3, du Code pénal.

¹¹⁶ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 38.

¹¹⁷ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 214 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁸ Voy. l'art. 370*octies* du Code pénal. La peine de probation autonome ne peut être prononcée pour des faits dont la peine théorique maximale est supérieure à vingt ans de réclusion. Elle est aussi exclue pour les faits visés aux articles 375 à 377, 379 à 387 (si les faits ont été commis sur des mineurs ou à l'aide de mineurs), et 393 à 397 du Code pénal.

¹¹⁹ Art. 3 et art. 8, § 2, de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

¹²⁰ Sur la révocation de la suspension du prononcé et la révocation du sursis, voy. art. 8 et 13 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

une plus longue période, un encadrement thérapeutique. En troisième lieu, de telles modalités sont subordonnées à plusieurs conditions (tenant, d'une part, aux antécédents judiciaires¹²¹ et, d'autre part, à la peine qui serait prononcée pour l'infraction commise¹²²).

Certaines situations ne satisferont pas aux conditions pour bénéficier d'une peine alternative ou d'une mesure probatoire (par exemple lorsque l'intéressé a des antécédents judiciaires trop lourds ou a commis des faits de nature à être punis d'une peine trop élevée). À défaut de pouvoir condamner à une peine autonome ou de s'orienter vers une mesure probatoire, le juge devrait se contenter de prendre en compte le trouble mental au titre de circonstance atténuante pour réduire la peine en deçà de son minimum légal¹²³. Cette piste ne nous paraît pas non plus être une solution adéquate car elle ne rencontre nullement le besoin spécifique de l'intéressé de bénéficier de soins psychiatriques adaptés à son état mental.

Quant au prononcé d'une peine privative de liberté (réclusion ou emprisonnement), rappelons qu'une telle peine contreviendrait à l'article 5, § 1^{er}, e) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il a été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁴. En effet, la détention d'un malade mental n'est régulière que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié. Le milieu carcéral n'est en aucun cas un lieu adapté pour prodiguer des soins à une personne souffrant d'un trouble mental¹²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs épinglé, à maintes reprises, la responsabilité des États de fournir des soins de santé aux personnes en détention en général¹²⁶, et aux personnes détenues présentant des troubles mentaux en particulier¹²⁷.

¹²¹ Selon l'article 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, l'inculpé ou le prévenu, pour bénéficier d'une suspension du prononcé, ne peut avoir encouru antérieurement de condamnation à une peine criminelle ou à une peine d'emprisonnement principal de plus de six mois, ou à une peine équivalente prononcée par un autre État membre de l'Union européenne. Aux termes de l'article 8 de cette même loi, le prévenu, pour bénéficier d'un sursis probatoire, ne peut avoir encouru antérieurement de condamnation à une peine criminelle ou à une peine d'emprisonnement principal de plus de trois ans, ou à une peine équivalente prononcée par un autre État membre de l'Union européenne.

¹²² Selon l'article 3 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, la suspension du prononcé ne peut être accordée que si le fait ne paraît pas de nature (après l'admission éventuelle de circonstances atténuantes) à entraîner comme peine principale un emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans. Quant au sursis, l'article 8 de cette même loi précise, dans le même sens, qu'il peut être accordé si les juridictions de jugement ne condamnent pas à une ou plusieurs peines principales privatives de liberté supérieures à cinq ans d'emprisonnement.

¹²³ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 38.

¹²⁴ N. COLETTE-BASECQZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote W.D. c. Belgique sonne-t-il le glas de la détention des internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt W.D. c. Belgique, 6 septembre 2016, *Rev. trim. dr. h.*, 2018, pp. 222-224. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt Winterwerp c. Pays-Bas, 24 octobre 1979 ; Cour eur. D.H., arrêt Ashingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985 ; Cour eur. D.H., arrêt Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1720, obs. P. MARTENS, « L'office européen du juge national » ; Cour eur. D.H., arrêt Hutchinson Reid c. Royaume-Uni, 20 février 2003 ; Cour eur. D.H., arrêt Tekin et Arslan c. Belgique, 5 septembre 2017 ; www.echr.coe.int.

¹²⁵ N. COLETTE-BASECQZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote W.D. c. Belgique sonne-t-il le glas de la détention des internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt W.D. c. Belgique, 6 septembre 2016) », *op. cit.*, p. 215 ; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, *op. cit.*, p. 1208.

¹²⁶ N. COLETTE-BASECQZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote W.D. c. Belgique sonne-t-il le glas de la détention des internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt W.D. c. Belgique, 6 septembre 2016) », *op. cit.*, p. 218. Voy. à cet égard, F. TULKENS et P. VOYATZIS, « Le droit à la santé en prison. Les développements de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 364-391. Sur les possibilités de demander une libération pour raisons médicales, voy. O. NEDERLANDT et P. DERESTIAT, « La libération provisoire pour raisons médicales par le juge de l'application des peines », *J.T.*, 2016, pp. 233-244.

¹²⁷ Cour eur. D.H., arrêt Bamouhammad c. Belgique, 17 novembre 2015, §§ 115-123 ; Cour eur. D.H., Gde Ch., arrêt Murray c. Pays-Bas, 26 avril 2016, §§ 105-106 ; Cour eur. D.H., arrêt W.D. c. Belgique, 6 septembre 2016, § 101.

Rappelons aussi l'article 88 de la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus qui énonce le droit, pour le détenu, de recevoir des soins de santé équivalents aux soins dispensés dans la société libre et adaptés à ses besoins spécifiques. L'article 89 de ladite loi ajoute que le détenu a droit à ce que les soins de santé dispensés avant son incarcération continuent à l'être de manière équivalente pendant son parcours de détention¹²⁸.

À la suite de ces développements, nous remarquons qu'en l'état actuel de l'arsenal législatif, lorsque l'internement ne peut être ordonné, le juge ne disposera pas nécessairement d'outils efficaces pour prononcer une peine ou une mesure adaptée à une personne souffrant de troubles mentaux. C'est à juste titre que François Demoulin et Catherine Hupez critiquent « l'absence de réelle solution de remplacement proposée, de manière à permettre une aide et une prise en charge de la personne malade, ce qui rencontrerait également les objectifs de protection de la société »¹²⁹.

De nouvelles perspectives nous paraissent envisageables depuis l'adoption récente de la loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire¹³⁰. Parmi de nombreuses autres modifications, cette loi a étendu le champ d'application procédural de la médiation pénale en s'inspirant de la transaction pénale élargie. Une section deux comportant l'article 216^{ter} du Code d'instruction criminelle, est désormais libellée comme suit : « Extinction de l'action publique moyennant l'exécution de mesures et le respect des conditions ». Les mesures ne sont plus nécessairement liées à une médiation victime-auteur. En effet, le procureur du Roi peut décider des mesures nécessaires axées sur l'auteur, même pour un dossier sans victime ou pour lequel la victime a refusé la médiation ou y a mis fin. Il est toutefois nécessaire, si un dommage a été causé à un tiers, que le suspect reconnaisse par écrit sa responsabilité civile et produise la preuve de l'indemnisation ou de la réparation de la fraction non contestée du dommage et des modalités de règlement de celui-ci. En tout état de cause, les droits de la victime restent saufs puisqu'elle pourra toujours faire valoir ses droits devant le tribunal civil compétent.

Si un problème comportemental, la circonstance d'une maladie ou une assuétude semblent être à la base de l'infraction, le procureur du Roi peut proposer au suspect de suivre un traitement médical ou une thérapie adéquate. La médiation peut ainsi servir de base légale pour les soins thérapeutiques¹³¹ durant une période qui ne peut excéder un an¹³², ce qui reste assez court pour un suivi thérapeutique.

¹²⁸ Les articles 88 et 89 de la loi de principes du 12 janvier 2005 ont récemment été modifiés par les articles 51 et 52 de la loi du 11 juillet 2018 portant des dispositions diverses en matière pénale, *M.B.*, 18 juillet 2018. L'article 51 supprime les mots « et qui sont adaptés à ses besoins spécifiques » dans l'article 88 (ces mots ayant été considérés comme superflus par le législateur : Projet de loi portant des dispositions diverses en matière pénale, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-2969/001, p. 49), et l'article 52 supprime la phrase « le détenu a droit à ce que les soins de santé dispensés avant son incarcération continuent à l'être de manière équivalente pendant son parcours de détention » (le législateur a considéré que le principe de continuité des soins fait partie intégrante de la notion d'équivalence des soins prévue à l'article 88 et ne devait donc pas être répété à l'article 89 : Projet de loi portant des dispositions diverses en matière pénale, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-2969/001, p. 50). Ces modifications sont entrées en vigueur le 28 juillet 2018, sans toutefois que ces articles de la loi de principes n'entrent en vigueur, faute d'arrêt d'exécution pris à cet effet à ce jour.

¹²⁹ F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 142.

¹³⁰ Loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018.

¹³¹ Projet modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2753/001, p. 35.

¹³² Dans la version antérieure de l'article 216^{ter} du Code d'instruction criminelle, le délai ne pouvait excéder six mois.

La médiation pénale, comme par le passé, ne peut être mise en œuvre que si la peine concrète (après admission éventuelle de circonstances atténuantes) qui pourrait être prononcée pour les faits commis ne dépasse pas un emprisonnement correctionnel de deux ans. Les faits visés peuvent consister en une contravention, un délit ou encore un crime pour autant que la peine théorique n'excède pas la réclusion de quinze à vingt ans¹³³.

Désormais, la médiation pénale n'est plus uniquement une alternative aux poursuites, elle peut aussi être proposée par le procureur du Roi après l'intentement de l'action publique, pour autant qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu au pénal.

Lorsque la médiation pénale intervient après l'intentement de l'action publique, les mesures et conditions sont formulées dans une convention qui est soumise au juge compétent pour homologation¹³⁴. Dans ce cadre, le juge doit vérifier si les conditions légales sont réunies, si le suspect a accepté les mesures proposées de manière libre et éclairée et si ces mesures sont proportionnées à la gravité des faits et à la personnalité du suspect. Pendant l'instruction judiciaire et lors du règlement de la procédure, c'est la juridiction d'instruction qui apprécie la proportionnalité des mesures proposées dans le cadre de l'appréciation des charges.

La médiation pénale pourrait s'avérer être une solution alternative intéressante qui, si elle aboutit, conduira à l'extinction de l'action publique, sans qu'aucune peine ne soit prononcée mais en permettant de donner à l'intéressé les soins thérapeutiques que son état mental requiert. Cela étant, le ministère public, à qui revient l'initiative de la médiation pénale, sera amené à connaître de questions qui touchent à la psychiatrie, ce qui pourrait rendre sa tâche plus ardue¹³⁵. Par ailleurs, la critique précédemment émise à propos de la probation, liée à l'absence d'un consentement libre et éclairé, demeure applicable à propos de la médiation pénale.

L'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal du 16 mars 2016¹³⁶ avait introduit une nouvelle peine, inspirée des travaux de la Commission Holsters : le traitement imposé. Contrairement à l'internement, il s'agissait d'une peine privative de liberté¹³⁷ pouvant permettre (si le fait est de nature à entraîner une peine d'emprisonnement) de traiter le trouble mental qui est à l'origine des faits¹³⁸. Son champ d'application ne se limitait toutefois pas aux troubles mentaux. Sa durée était d'un an minimum à cinq ans maximum. Notons que ce type de peine, consistant en un traitement médical imposé, fait fi de l'exigence du consentement libre et éclairé du patient, en principe nécessaire

¹³³ Voy. l'article 80 du Code pénal.

¹³⁴ Si la convention n'est pas homologuée, le dossier est mis à la disposition du procureur du Roi. Dans ce cas, le juge, auquel la convention a été soumise pour homologation, ne peut plus poursuivre l'examen du fond de l'affaire. Si les mesures proposées ne sont pas mises en œuvre ou le sont partiellement, le juge saisi pour se prononcer sur les faits reprochés au suspect, sur lesquels l'accord portait, peut tenir compte, lors de la fixation de la peine, de la partie mise en œuvre des mesures proposées.

¹³⁵ Voy. F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 103 et p. 203.

¹³⁶ Art. 46 de l'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal.

¹³⁷ Pour le cas où le juge estimerait qu'un traitement ambulatoire suffirait, il pourrait alors prononcer une peine de probation dont l'une des conditions consisterait en le suivi du traitement (J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal », op. cit., p. 123).

¹³⁸ N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », op. cit., p. 91.

avant la réalisation de tout acte médical¹³⁹. Il est permis de douter de l'efficacité des soins lorsque le condamné, qui se voit « imposer » un traitement, refuse de collaborer à celui-ci. Cette nouvelle peine n'a cependant pas été retenue par le Conseil des ministres¹⁴⁰.

Dans le cas des personnes « gravement altérées » mais « non abolies », bien qu'aucune disposition légale n'interdise explicitement le cumul entre une condamnation et un internement pour des mêmes faits, il nous paraît que les juges ne devraient toutefois pas le prononcer. Selon nous, la mesure d'internement fait obstacle au prononcé d'une peine d'autant que cette dernière risque d'entraver le trajet de soins qui serait mis en place dans le cadre de l'internement¹⁴¹. Katrien Hanoulle soutient, quant à elle, que lorsque le juge estime qu'il est satisfait aux conditions pour ordonner un internement, il ne doit pas vérifier si la cause de non-imputabilité de l'article 71 du Code pénal s'applique¹⁴².

Sous l'empire de la loi de défense sociale, la Cour de cassation a rappelé la volonté du législateur d'exclure la notion de peine du régime à appliquer à un auteur sain d'esprit au moment des faits mais atteint de troubles mentaux au moment du jugement¹⁴³. La loi relative à l'internement s'inscrivant dans la continuité de la loi de défense sociale en ce qui concerne les objectifs poursuivis¹⁴⁴, n'est-il pas permis de s'appuyer sur le même raisonnement pour soutenir que, pour les mêmes faits, il ne devrait pas y avoir de cumul entre une peine et un internement¹⁴⁵ ? C'est aussi dans ce sens que les juridictions semblent avoir statué, depuis l'entrée en vigueur de la loi relative à l'internement¹⁴⁶, en se limitant à ordonner l'internement.

Sur le plan conceptuel également, la coexistence possible du prononcé d'une peine (dans le cas où il n'a pu être fait application de l'article 71 du Code pénal) et d'une mesure de sûreté dont tous s'accordent à préciser qu'elle ne peut être assimilée à une peine pose problème. Tout aussi problématique serait le cumul entre une reconnaissance de culpabilité (sans condamnation à une peine) et une mesure d'internement. La Cour constitutionnelle¹⁴⁷ a insisté sur la différence entre la décision d'interner un inculpé et la décision qui statue au fond sur la culpabilité de celui-ci. Quant au jugement sur la culpabilité, il implique que le juge vérifie si les faits reprochés à un inculpé réunissent les conditions matérielles et morales d'une infraction de nature criminelle ou délictueuse, si la personne qui lui est déférée en est bien l'auteur et si, partant, elle

¹³⁹ Voy. l'art. 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

¹⁴⁰ N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *op. cit.*, p. 91.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴² K. HANULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁴³ Cass., 26 février 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 180.

¹⁴⁴ Projet de loi du 10 janvier 2007 relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental. Exposé des motifs, *Doc. parl. Chambre*, 2006-2007, n° 51-2841/1, p. 6. Voy. N. COLETTE-BASECQZ, « Quel devenir pour les malades mentaux "délinquants" ? », *op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁵ Voy. également en ce sens É. JACQUES, « Le droit du justiciable dans le cadre de la loi sur l'internement (y compris la loi "pot-pourri III") », in V. FRANSEN et A. MASSET (dir.), *Les droits du justiciable face à la justice pénale*, CUP, vol. 171, Liège, Anthémis, 2017, p. 355 ; K. HANULLE, « Potpourri III als sluitstuk van de nieuwe interneringswetgeving », *op. cit.*, p. 361. *Contra*, voy. F. KURY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, *op. cit.*, p. 1210 (selon cet auteur, il ne semble plus possible de soutenir l'intention nette du législateur d'exclure la notion de peine du régime à appliquer aux individus privés du contrôle de leurs actions).

¹⁴⁶ Voy. not. Corr. Bruxelles (54^e ch.), 4 janvier 2017, BR.30.L3.34895/16, inédit ; Corr. Bruxelles (90^e ch.), 5 octobre 2017, BR.30.LL146283-14, inédit ; Bruxelles (54^e ch.), 19 janvier 2018, R.G. 2017 CO 623, inédit.

¹⁴⁷ C.C., arrêt n° 122/99, 10 novembre 1999, www.const-court.be. Voy. les attendus B.3.1. à B.3.3.

doit encourir les sanctions prévues par la loi. Il ne paraît pas cohérent que, s'agissant des mêmes faits et du même prévenu, un juge le reconnaisse coupable tout en ordonnant son internement.

Avec d'autres auteurs¹⁴⁸, nous regrettons l'asymétrie qui existe entre, d'une part, l'irresponsabilité pénale fondée sur le trouble mental et, d'autre part, l'internement qui est susceptible d'être prononcé également dans le cas où le trouble mental a altéré gravement, sans les abolir, les facultés mentales.

Afin d'illustrer les conséquences de cette asymétrie en ce qui concerne le sort des personnes « non abolies » qui ne pourraient faire l'objet d'une mesure d'internement, prenons deux exemples tirés de la jurisprudence, l'un antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014, l'autre postérieur à cette date.

Le premier exemple s'inspire d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles¹⁴⁹, du 19 septembre 2012, ordonnant l'internement d'un prévenu ayant commis des faits d'entrave méchante à la circulation routière et un vol avec violences ou menaces. En cette cause, l'expert psychiatre qui avait examiné le prévenu avait précisé que ce dernier présentait un trouble psychotique de type schizophrénie paranoïde, c'est-à-dire avec une perturbation du rapport à la réalité. Il n'avait toutefois pas relevé de phénomènes hallucinatoires et avait souligné la bonne préservation des fonctions cognitives (ce qui ne semble pas compatible avec une abolition des facultés mentales). La cour d'appel de Bruxelles, après avoir constaté que le prévenu représentait un grave danger social, a conclu qu'il ressortait de ce rapport d'expertise que le prévenu était au moment des faits et est encore au moment du jugement dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions. Si un juge pénal devait statuer, en tenant compte des nouveaux critères insérés dans la loi du 5 mai 2014, concernant des faits d'atteinte ou de menace à l'intégrité physique ou psychique de tiers, il pourrait toujours prononcer une mesure d'internement s'il considère que la psychose du prévenu, toujours présente au moment du jugement, peut être assimilée à un trouble mental qui a altéré gravement ses facultés de discernement et de contrôle de ses actes. Si, en revanche, le juge devait statuer sur des infractions ne portant pas sur l'intégrité physique ou psychique de tiers (par exemple un vol simple), il ne pourrait plus, comme par le passé, prononcer un acquittement sur la base de l'article 71 du Code pénal (le prévenu n'étant pas « aboli »).

Le deuxième exemple est tiré d'un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles du 4 janvier 2017¹⁵⁰, qui a ordonné l'internement d'un prévenu atteint, tant au moment des faits qu'au moment du jugement, d'un « trouble mental qui altère gravement sa capacité de contrôle de ses actes ». L'infraction, ayant donné lieu à l'internement, portait en l'espèce sur des faits de coups et blessures volontaires, avait été commise par une personne « gravement altérée ». Si le prévenu avait été jugé pour une infraction ne portant atteinte qu'aux biens, il ne pouvait plus être interné (ne satisfaisant pas

¹⁴⁸ H. HEIMANS et P. VERPOORTEN, « Een praktijkgerichte benadering van de gevolgen van de beperking van de wettelijke mogelijkheden tot internering door de wet van 5 mei 2014 betreffende de internering, zoals gewijzigd bij wet van 4 mei 2016 (Potpourri III) », *Nullum Crimen*, 2016, p. 483 ; F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omniprésence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁴⁹ Bruxelles (14^e ch.), 19 septembre 2012, R.G. 2012CO837, inédit.

¹⁵⁰ Corr. Bruxelles (54^e ch.), 4 janvier 2017, BR.30.L3.34895/16, inédit.

aux nouvelles conditions légales) ni bénéficier de l'article 71 du Code pénal (n'étant pas « aboli »). Et pourtant, selon le rapport de l'expert psychiatre auquel le jugement a fait référence, le prévenu était pris en charge depuis plusieurs années pour schizophrénie, et son traitement psychiatrique devait être poursuivi sans discontinuité. Seuls des soins psychiatriques dans le cadre d'une suspension ou d'un sursis probatoire ou encore une peine autonome de probation nous sembleraient permettre d'assurer une telle finalité thérapeutique, avec les limites que nous avons précédemment exposées.

Nous pouvons percevoir, au départ de ces exemples, les lacunes de la législation actuelle qui ne fournit pas de solution satisfaisante, à nos yeux, pour assurer un traitement adéquat aux « non abolis » qui ne répondent pas aux conditions de l'internement.

D. L'application dans le temps de la nouvelle version de l'article 71 du Code pénal

La nouvelle version de la disposition légale est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016¹⁵¹, en même temps que les dispositions de la loi relative à l'internement.

L'application dans le temps de la nouvelle mouture de l'article 71 du Code pénal diffère toutefois de celle relative à l'internement. En effet, il s'agit d'une disposition visant l'imputabilité morale d'une infraction à son auteur. La modification apportée à cet article doit dès lors être soumise aux règles de l'article 2 du Code pénal, à savoir la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et l'application rétroactive de la loi nouvelle si celle-ci est plus favorable.

La question est alors de déterminer si la nouvelle version de l'article 71 du Code pénal est ou non plus favorable.

Certains auteurs estiment qu'il s'agirait d'un *statu quo* eu égard au fait qu'il était précédemment exigé que l'état mental de la personne l'ait rendu incapable du contrôle de ses actions¹⁵².

Des décisions¹⁵³ ont considéré que la notion de « trouble mental » est plus large que celle de « démence » et que le nouvel article 71 peut dès lors rétroagir. Ce point de vue nous semble faire fi de la définition plus restrictive du trouble mental, qui ne retient, pour la cause de non-imputabilité morale, que les cas d'abolition des facultés mentales.

Pour notre part, nous sommes d'avis que la nouvelle disposition est moins favorable au prévenu que l'ancienne car elle a considérablement circonscrit l'état mental pouvant entraîner l'irresponsabilité pénale. Selon nous, la nouvelle version de l'article 71 ne peut dès lors s'appliquer rétroactivement aux faits commis avant son entrée en vigueur (le 1^{er} octobre 2016) et un acquittement ou un non-lieu pourrait toujours être

¹⁵¹ Loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, *M.B.*, 9 juillet 2014 et loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, dite « pot-pourri III », *M.B.*, 13 mai 2016 (article 37).

¹⁵² E. JACQUES, « Le droit du justiciable dans le cadre de la loi sur l'internement (y compris la loi « pot-pourri III ») », *op. cit.*, p. 355 ; K. HANOULLE, « Potpourri III als sluitstuk van de nieuwe interneringswetgeving », *op. cit.*, p. 391.

¹⁵³ Corr. Bruxelles (54^e ch.), 17 mai 2017, BR30.L2.15766/14, inédit et Bruxelles (12^e ch.), 17 mars 2017, R.G. 2016. CO.796, inédit.

prononcé en présence d'une altération grave des facultés mentales. En effet, nous avons vu que la notion de démence, visée dans l'ancienne mouture de l'article 71, recevait déjà une interprétation large incluant divers troubles mentaux, dont les états graves de déséquilibre mental ayant rendu la personne incapable du contrôle de ses actes.

III. La nature de l'internement

A. La distinction avec la peine

Les soins psychiatriques prodigués à un interné, en application d'une mesure d'internement, le sont dans un cadre para-pénal. Cependant, ainsi qu'il l'a été rappelé à maintes reprises par la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle¹⁵⁴, l'internement ne constitue pas une peine mais une mesure de sûreté.

Une décision qui ordonne l'internement ne comporte aucune reconnaissance de culpabilité¹⁵⁵. S'appuyant sur cette considération, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 avril 2016¹⁵⁶, a précisé que la simple déclaration de culpabilité fondée sur le dépassement du délai raisonnable, prévue à l'article 21^{ter} du titre préliminaire du Code de procédure pénale, ne s'applique qu'aux personnes reconnues pénalement responsables.

Dans le même arrêt du 19 avril 2016¹⁵⁷, la Cour de cassation a indiqué que l'article 211^{bis} du Code d'instruction criminelle (qui requiert l'unanimité pour aggraver la peine en degré d'appel) ne trouve pas à s'appliquer puisque l'internement ne constitue pas une peine. Elle a dès lors jugé que l'arrêt qui réforme un jugement de condamnation à une peine d'emprisonnement et d'amende et décide d'ordonner un internement ne prononce pas une aggravation de la peine requérant l'unanimité. La Cour a aussi ajouté que l'unanimité n'est pas davantage requise en cas de majoration du montant de la confiscation spéciale¹⁵⁸.

Les soins psychiatriques ne sont pas non plus un mode d'exécution d'une peine. Ils ne font pas partie, en tant que tels, des modalités d'exécution de la peine énoncées dans la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine. Il semble toutefois envisageable de prévoir le res-

¹⁵⁴ Cass., 25 mars 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 116 ; Cass., 11 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 827 ; Cass., 19 avril 2016, R.G. n° P.16.0132.N, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 315 ; C.C., arrêt n° 22/2016, 18 février 2016 ; C.C., arrêt n° 122/99, 10 novembre 1999, *www.const-court.be* ; F. KURY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, *op. cit.*, p. 1191.

¹⁵⁵ Cass., 11 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 827 ; F. KURY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, *op. cit.*, p. 1191.

¹⁵⁶ « La simple déclaration de culpabilité fondée sur le dépassement du délai raisonnable et prévue à l'article 21^{ter} du titre préliminaire du Code de procédure pénale, implique que le prévenu soit reconnu coupable des faits qui lui sont reprochés. Tel n'est pas le cas du malade mental pour lequel le juge constate qu'il se trouvait, tant au moment des faits qu'au moment du jugement, dans l'un des états mentaux prévus par la loi de défense sociale » (Cass., 19 avril 2016, R.G. n° P.16.0132.N, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 315). La Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle car le malade mental qui n'est pas responsable de ses actes et à l'égard duquel, en application de la loi de défense sociale, une mesure d'internement est ordonnée ne se trouve pas dans une situation juridique comparable à celle d'un prévenu qui est déclaré coupable et est dès lors puni.

¹⁵⁷ Cass., 19 avril 2016, R.G. n° P.16.0132.N, *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, p. 315.

¹⁵⁸ Voy. aussi Cass. 28 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1360.

pect d'un suivi psychiatrique parmi les conditions d'une modalité d'exécution de la peine (qu'il s'agisse d'une libération conditionnelle, d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique, voire même d'une permission de sortie ou d'un congé).

B. La distinction avec la mise en observation des malades mentaux fondée sur la loi du 26 juin 1990

L'internement ne doit pas davantage être confondu avec la mise en observation sous contrainte d'un malade mental qui peut être décidée, dans un cadre civil, par le juge de paix sur la base de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. L'article 1^{er}, § 1^{er}, de cette loi rappelle tout d'abord que « sauf les mesures de protection prévues par la présente loi, le diagnostic et le traitement des troubles psychiques ne peuvent donner lieu à aucune restriction de la liberté individuelle, sans préjudice de l'application de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement [...] ».

La loi du 26 juin 1990 ne s'applique donc pas aux malades mentaux qui font l'objet d'une mesure d'internement.

La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux est une loi à vocation civile¹⁵⁹ même si elle peut s'appliquer à des situations qui sont parfois à la frontière entre le droit pénal et le droit civil, notamment en cas d'urgence.

La mise en observation revêt un caractère exceptionnel et requiert la réunion de plusieurs conditions énoncées à l'article 2 de la loi du 26 juin 1990¹⁶⁰. Une personne malade mentale mettant gravement en péril sa santé et sa sécurité ou constituant une menace pour la vie ou l'intégrité d'autrui pourrait, à défaut de tout autre traitement approprié, faire l'objet d'une mise en observation sous contrainte. Songeons à des personnes suicidaires refusant de suivre un traitement ou de se faire admettre dans un service psychiatrique, ou encore celles qui se montrent menaçantes ou violentes à l'égard de leur entourage, ou qui adoptent un comportement dangereux (par exemple occasionner des incendies). En outre, sous peine d'irrecevabilité, un rapport médical circonstancié sera joint à la demande de mise en observation.

L'article 2 de la loi du 26 juin 1990 stipule expressément que l'inadaptation aux valeurs morales, sociales, religieuses, politiques ou autres, ne peut être en soi considérée comme une maladie mentale.

La maladie mentale n'a pas été définie par le législateur. Elle n'a pas non plus été délimitée aux seuls cas d'abolition des facultés mentales, comme dans la nouvelle version de l'article 71 du Code pénal. L'examen de la jurisprudence fait apparaître une interprétation large de cette notion de maladie mentale par l'extrême diversité des symptômes ou troubles mentaux qui ont justifié la mise en observation¹⁶¹.

¹⁵⁹ F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 101.

¹⁶⁰ N. COLETTE-BASECOZ et F. REUSSENS, « La mise en observation et la défense sociale », in Chr. DE VALKENBERG et I. DE LA SERNA (dir.), *À la découverte de la justice pénale. Paroles de juriste*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 409-427.

¹⁶¹ Voy. notamment H. NUS, *La médecine et le droit*, Kluwer, Dordrecht, 1995, p. 230, n° 565.

Dans les cas d'urgence, en application de l'article 9 de la loi du 26 juin 1990, le procureur du Roi du lieu où le malade se trouve peut décider de la mise en observation dans le service psychiatrique qu'il désigne. Le procureur du Roi se saisit soit d'office avec avis écrit du médecin, soit à la demande écrite d'une personne intéressée accompagnée d'un certificat médical circonstancié datant de moins de quinze jours. Dans les vingt-quatre heures de sa décision, le procureur du Roi en avise le juge de paix qui peut décider le maintien de la mise en observation.

Il s'avère que, dans la pratique, presque 90 % des demandes de mises en observation sont adressées au procureur du Roi, souvent par l'intermédiaire des forces de l'ordre, parfois à l'initiative des services de santé mentale qui doivent faire face à des situations de crise de leurs patients¹⁶².

Les cas, sans doute rares, des personnes « abolies » qui seraient acquittées sur la base de l'article 71 du Code pénal et qui ne relèveraient pas du champ d'application matériel de l'internement, pourraient, si leur état mental perdure après les faits, donner lieu à une mesure de protection ordonnée en application de la loi du 26 juin 1990. Une telle mesure, de nature civile, pourrait aussi se concevoir dans le cas d'une personne atteinte de troubles mentaux persistants mais qui ne serait pas reconnue « abolie » au moment des faits (et ne serait dès lors pas acquittée). Si cette personne ne peut être internée (par exemple en raison du seuil de gravité insuffisant des infractions commises), et si le juge pénal reconnaît la personne coupable sans faire le choix d'une peine alternative ou d'une mesure probatoire englobant des soins (en prononçant une peine privative de liberté ou d'amende, ne comportant pas de soins), une mise en observation sur la base de la loi du 26 juin 1990 pourrait être décidée par le juge de paix. Nous constatons dès lors une forme de complémentarité dans les dispositifs de droit pénal et de droit civil permettant une prise en charge des malades mentaux.

Il convient toutefois de ne pas recourir abusivement à une mise en observation sous contrainte. Le Conseil d'État a très justement fait observer qu'il importe de vérifier si l'application de la loi du 26 juin 1990 pour les délits autres que ceux permettant l'internement « offre des garanties suffisantes pour la protection de la société, notamment dans le but d'éviter soit des applications abusives de la loi du 26 juin 1990, soit des applications abusives de l'article 9 de la loi du 5 mai 2014 »¹⁶³. Il doit être gardé à l'esprit que la loi du 26 juin 1990, comme le stipule son intitulé, a comme but premier la protection des personnes¹⁶⁴.

Par ailleurs, les conditions de la loi du 26 juin 1990 empêchent une mise en observation sous contrainte d'un malade mental dans le cas d'une dangerosité qui ne porterait qu'à l'égard des biens et non des personnes¹⁶⁵.

¹⁶² M. DE CLERCQ, « Le bilan de deux ans d'application de la loi », in G. BENOÎT, *Malades mentaux et incapables majeurs. Émergence d'un nouveau statut civil*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 168. Le psychiatre craint les abus des interventions en urgence : « Dans l'urgence [...], tous les patients apparaissent comme des malades mentaux, d'autant que le médecin interpellé n'a pas le moyen de différer la demande pour se laisser le temps de réfléchir et pour s'y retrouver entre les demandes et pressions de l'entourage et l'état du patient ».

¹⁶³ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 325.

¹⁶⁴ F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 102.

¹⁶⁵ F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 80 ; K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., p. 149.

Selon François Demoulin et Catherine Hupez, « il s'agit, si l'on comprend bien l'esprit du législateur, de sortir les internés des annexes psychiatriques des prisons, et non pas de faire entrer le droit pénal dans un domaine qui relève essentiellement du droit civil »¹⁶⁶.

C. Une double vocation : sécuritaire et sanitaire

La nature de l'internement est, depuis l'origine de la loi de défense sociale, une mesure de sûreté, ce qui est désormais rappelé explicitement dans la loi du 5 mai 2014. Celle-ci a inscrit, à l'article 2, la définition de l'internement. Il s'agit d'une « mesure de sûreté destinée à la fois à protéger la société et à faire en sorte que soient dispensés à la personne internée les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société ». La disposition ajoute : « Compte tenu du risque pour la sécurité et de l'état de santé de la personne internée, celle-ci se verra proposer les soins dont elle a besoin pour mener une vie conforme à la dignité humaine. Ces soins doivent permettre à la personne internée de se réinsérer le mieux possible dans la société et sont dispensés – lorsque cela est indiqué et réalisable – par le biais d'un trajet de soins de manière à être adaptés à la personne internée ».

Cette définition très précise met l'accent sur la nature de l'internement (une mesure de sûreté) et son double objectif¹⁶⁷, sécuritaire (protéger la société) et sanitaire (prodiguer des soins à l'intéressé)¹⁶⁸. C'est aussi la première fois que le législateur insiste sur une offre de soins psychiatriques adaptés à la personne et conformes à la dignité humaine¹⁶⁹. Les condamnations fréquentes de la Belgique en lien avec le déficit structurel en matière d'internement¹⁷⁰ ne sont sans doute pas étrangères à cette précision apportée par le législateur. Rappelons que même les internés à « haut risque » ont également droit à bénéficier d'une offre adéquate de soins pour pouvoir vivre dans la dignité, même si les soins leur sont prodigués dans un environnement sécurisé¹⁷¹.

La volonté du législateur de favoriser le trajet de soins requiert, en pratique, la collaboration indispensable des secteurs de la justice et de la santé.

La dimension thérapeutique de la mesure d'internement s'inscrit dans une visée plus large, celle de la réinsertion sociale. Les auteurs de la loi du 21 avril 2007 avaient déjà bien perçu l'impact positif de soins adaptés sur la réinsertion sociale des internés et la

protection de la société¹⁷². Mieux soignés, les internés pourront plus vite réintégrer la société et présenteront moins de danger pour celle-ci¹⁷³.

Comme d'aucuns l'ont souligné, « cette modification conduit à un changement de mentalités en envisageant un accompagnement des internés dans un trajet de soins adaptés, laissant présumer une évolution favorable de l'état de santé de la personne relevant de l'internement »¹⁷⁴.

D. Une mesure facultative

Comme par le passé, la mesure d'internement conserve un caractère facultatif, ce qui résulte de la formulation de l'article 9 de la loi du 5 mai 2014. La décision d'internement est donc toujours laissée à l'appréciation des juridictions d'instruction et de jugement, qui ne seront jamais, très heureusement d'ailleurs, tenues de prononcer un internement.

Lorsque le juge décide d'ordonner un internement, il doit veiller à l'inscrire explicitement dans le dispositif de son jugement. Dans un arrêt du 23 septembre 2015¹⁷⁵, la Cour de cassation a estimé que le jugement qui ne vise pas la loi de défense sociale laisse les frais à charge de l'Etat et décide expressément que les faits imputés au prévenu ne constituent pas une infraction en vertu de l'article 71 du Code pénal équivaut à un acquittement et ne peut être assimilé à une décision d'internement, même si la motivation de la décision indique qu'une mesure d'internement s'impose pour la protection du prévenu et celle de la société. Notons d'ailleurs que, dans le cas d'espèce, l'intéressé était interné depuis 2008...

E. Une mesure à durée indéterminée

La durée indéterminée absolue de cette mesure de sûreté, introduite par la loi du 1^{er} juillet 1964, a été maintenue dans la loi du 5 mai 2014. Ainsi, une personne internée doit faire face à cette terrible incertitude quant au sort qui l'attend. Pourra-t-elle un jour réintégrer librement la société ? Dans l'affirmative, dans quel délai ? Autant de questions qui conduiront certains auteurs d'infractions atteints de troubles mentaux à plaider la responsabilité pénale pour se voir plutôt appliquer une peine d'emprisonnement, dont la durée est quant à elle définie¹⁷⁶.

¹⁶⁶ F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 103.

¹⁶⁷ M. PANS et C. DARCIS, « Het Belgische interneringsbeleid als een voorbeeld van hybride bestuur », *T.B.P.*, 2017, p. 213.

¹⁶⁸ F. BERNARD-TULKENS, « À propos du statut du malade mental en droit pénal. Des questions qui subsistent », *Ann. Dr.*, 1973, p. 195 ; J. GOETHALS, « Krankzinnigheid en delinquentie anno 1990. Problemen en oplossingen als aanloop naar de wet ter bescherming van de maatschappij », *Panopticon*, 1990, p. 369 ; M. KORN et P. THYS, « Irresponsabilité pénale et dangerosité sociale supposée. Une approche du raisonnement amenant les psychiatres experts à recommander l'application de la loi belge de défense sociale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, p. 285 ; P. THYS, « Le traitement pénal des délinquants anormaux : un coup de sonde dans la pratique de la loi belge de défense sociale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, p. 29.

¹⁶⁹ N. COLETTE-BASECOZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », op. cit., p. 172.

¹⁷⁰ N. COLETTE-BASECOZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote W.D. c. Belgique sonne-t-il le glas de la détention des internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? (obs. sous Cour eur. D.H., arrêt W.D. c. Belgique, 6 septembre 2016) », op. cit., pp. 213-239.

¹⁷¹ Proposition de loi du 21 février 2013 relative à l'internement de personnes, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2001/1, p. 15.

¹⁷² « C'est tout à la fois en fournissant aux internés les soins requis par leur état pendant toute la durée de leur internement mais aussi en assurant leur retour progressif dans la société ainsi qu'un suivi psychosocial rigoureux et encadrant que nous pourrions le mieux lutter contre la récidive et diminuer ainsi le nombre de victimes » (Projet de loi du 10 janvier 2007 relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/1, p. 6).

¹⁷³ N. COLETTE-BASECOZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », op. cit., p. 172.

¹⁷⁴ F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 140.

¹⁷⁵ Cass., 23 septembre 2015, P.15.0719.F, *www.cass.be*, cité par cité in Ch. GUILLAIN, O. NEDERLANDT, P. DERESTIAT, F. VANSILLETTE et Y. CARTUYVELS, « Chronique de droit pénal 2011-2016 », *Les Dossiers du Journal des Tribunaux*, n° 104, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 109.

¹⁷⁶ N. COLETTE-BASECOZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », op. cit., p. 172.

IV. La phase judiciaire de l'internement

A. Les juridictions habilitées à prononcer un internement

Les instances habilitées à prononcer une mesure d'internement sont toujours, comme sous l'empire de la loi de défense sociale, les juridictions de jugement et les juridictions d'instruction. Il n'est pas inutile de rappeler les spécificités se rapportant aux unes et aux autres, particulièrement en ce qui concerne les règles de procédure.

1. Les juridictions d'instruction

Même si, en principe, les juridictions d'instruction ne sont pas compétentes pour statuer au fond¹⁷⁷, le législateur leur a exceptionnellement conféré cette prérogative dans deux cas particuliers : la suspension du prononcé¹⁷⁸ et l'internement¹⁷⁹.

Lorsque la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation statuent sur une demande d'internement, elles devront établir si l'inculpé a commis le fait qualifié crime ou délit et, dans l'affirmative, s'il y a lieu de l'interner en application des conditions légales.

La décision d'ordonner un internement suppose ainsi que la juridiction d'instruction statue comme une juridiction de jugement en vérifiant au préalable l'existence de preuves suffisantes, au-delà de tout doute raisonnable, que le crime ou le délit a bien été commis.

L'objectif poursuivi par le législateur, tel qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 9 avril 1930¹⁸⁰, est de ne pas retarder inutilement le jugement sur le fond d'inculpés dans le cas où la réalité de l'infraction et l'état mental de l'inculpé sont évidents. En évitant un renvoi de l'affaire à la juridiction de jugement, l'inculpé se voit ainsi épargner un long procès devant le tribunal correctionnel, ou la cour d'assises pour les crimes les plus graves.

Cela étant, si, nonobstant la réalisation d'une expertise psychiatrique, la juridiction d'instruction ne s'estime pas suffisamment éclairée sur l'état mental de l'inculpé, il lui sera loisible de renvoyer l'inculpé devant la juridiction de jugement en laissant le soin à cette dernière de se prononcer sur l'opportunité d'une mesure d'internement. C'est en ce sens que la chambre du conseil de Bruxelles, dans une ordonnance du 29 mars 2018¹⁸¹, a statué, estimant qu'à ce stade de la procédure, eu égard aux conclusions contraires de l'expert judiciaire et du conseiller technique, il existe une incertitude quant au diagnostic posé par le premier de sorte qu'il convient, à ce stade, de s'écarter des réquisitions du ministère public tendant à l'internement.

¹⁷⁷ Les juridictions d'instruction sont compétentes pour régler la procédure à l'issue de l'instruction préparatoire et pour en contrôler le bon déroulement et la régularité de la procédure, ainsi que pour contrôler la durée de la détention préventive (M.-A. BEERNAERT, N. COLETTE-BASECOZ, Ch. GUILLAIN, P. MANDOUX, M. PRESUMONT et D. VANDERMEERSCH, *Introduction à la procédure pénale*, 6^e éd., Bruxelles, la Charte, 2017, pp. 219-222, 226-232, 237-238, 258-265).

¹⁷⁸ Art. 4 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

¹⁷⁹ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., Bruges, la Charte, 2017, pp. 921-923.

¹⁸⁰ *Pasin.*, 1930, p. 82.

¹⁸¹ Corr. Bruxelles (ch. cons.), 29 mars 2018, R.G. 2017/024, inédit.

La loi du 5 mai 2014 a toutefois exclu de la compétence des juridictions d'instruction les crimes ou délits politiques ou de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie¹⁸² (article 9, § 1^{er}). Rappelons en cette matière la compétence exclusive du jury fondée sur l'article 150 de la Constitution.

Des règles de procédure spécifiques, largement calquées sur l'article 127 du Code d'instruction criminelle relatif au règlement de procédure¹⁸³, ont été introduites dans la loi du 5 mai 2014 lorsque la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation sont saisies d'un réquisitoire ou d'une demande d'internement.

L'article 13 de la loi du 5 mai 2014 dispose que la juridiction d'instruction fait indiquer, quinze jours au moins à l'avance, dans un registre spécial tenu au greffe, les lieu, jour et heure de la comparution. Ce délai est réduit à trois jours lorsqu'un des inculpés est en détention préventive ou a été incarcéré immédiatement. Le greffier avertit, par télécopie ou par lettre recommandée à la poste, l'inculpé, la partie civile et leurs avocats, que le dossier est mis à leur disposition au greffe en original ou en copie et qu'ils peuvent en prendre connaissance et en lever copie¹⁸⁴.

De la même manière, le greffier avertit également, sur les indications du ministère public, les personnes lésées qui ne se sont pas encore portées partie civile.

L'inculpé, son avocat et la partie civile peuvent demander au juge d'instruction, dans le délai de quinze jours (éventuellement réduit à trois jours dans le cas énoncé ci-dessus), l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires, conformément à l'article 61 *quinquies* du Code d'instruction criminelle. Dans ce cas, le règlement de la procédure est suspendu. Lorsque la demande a été définitivement traitée, l'affaire est à nouveau fixée devant la chambre du conseil.

L'article 24, alinéa 3, du titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit que la prescription de l'action publique est suspendue chaque fois que la chambre du conseil ne peut pas régler la procédure, suite à une requête en devoirs complémentaires introduite par un inculpé en application de l'article 127, § 3, du Code d'instruction criminelle. L'article 13, § 2, de la loi du 5 mai 2014 n'est pas explicitement visé dans l'article 24 précité, ce qui constitue peut-être un oubli du législateur. Cela étant, en l'état actuel des dispositions légales et en l'absence de renvoi à cette disposition dans l'article 24 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, il est permis de penser que, lorsque c'est suite à une réquisition ou à une demande d'internement que des devoirs d'instruction complémentaires sont sollicités par un inculpé ou son avocat au moment du règlement de procédure, cela n'entraîne pas la suspension de la prescription de l'action publique. Il nous paraît d'ailleurs que cette différence de traitement

¹⁸² Notons que même si, sous l'empire de la loi de défense sociale, les infractions politiques et de presse étaient déjà exclues de la compétence des juridictions d'instruction, lorsqu'il s'agissait de prononcer un internement, la loi du 5 mai 2014 a introduit une exception pour les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie, pour lesquels la juridiction d'instruction demeure désormais compétente pour ordonner l'internement. C'est la loi du 4 mai 2016, dite « pot-pourri III » qui a ajouté, à l'article 9 de la loi du 5 mai 2014, l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie, pour lesquels la cour d'assises n'est pas compétente. Cet ajout est d'ailleurs conforme à l'article 150 de la Constitution.

¹⁸³ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel I: de gerechtelijke fase », *R.W.*, 2015, pp. 1064.

¹⁸⁴ Dans la loi de défense sociale, le délai d'accès au dossier avant la comparution devant la juridiction d'instruction était seulement de quatre jours.

entre les deux cas peut se justifier, car elle repose sur un critère objectif se rapportant à la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve la personne dont l'internement est demandé, et qui requiert, à notre estime, un renforcement de ses droits procéduraux sans que cela n'ait pour effet à son égard de retarder l'échéance de la prescription.

La chambre du conseil statue sur le rapport du juge d'instruction, le procureur du Roi, la partie civile et l'inculpé entendus. Les parties civiles peuvent se faire assister d'un avocat ou être représentées par lui. L'inculpé est, quant à lui, toujours assisté d'un avocat¹⁸⁵. L'absence de l'avocat constitue un obstacle à l'examen de la cause. Cette garantie de la présence de l'avocat aux côtés de l'inculpé permet d'assurer un exercice effectif des droits de la défense à un moment crucial de la procédure qui peut donner lieu à une mesure d'internement à durée indéterminée.

La chambre du conseil peut ordonner la comparution personnelle des parties si elle l'estime utile. Cette ordonnance n'est pas susceptible de recours. L'ordonnance est signifiée à la partie qu'elle concerne, à la requête du procureur du Roi, et emporte citation à comparaître à la date fixée. Si ladite partie ne comparaît pas, la chambre du conseil statue et l'ordonnance est réputée contradictoire. Lorsque la chambre du conseil tient la cause en délibéré pour prononcer son ordonnance, elle fixe le jour de ce prononcé.

À la différence de la procédure devant la juridiction de jugement, les débats devant la chambre du conseil se déroulent à huis clos. Seule la décision ordonnant l'internement est prononcée en audience publique¹⁸⁶. Les mêmes règles s'appliquent aussi devant la chambre des mises en accusation. Sur ce point, la nouvelle loi marque un recul par rapport à l'ancienne législation. Rappelons que, dans la loi de défense sociale, l'audience des juridictions d'instruction était publique à la demande de l'inculpé, sauf dans les cas où la publicité était jugée dangereuse pour l'ordre et les mœurs¹⁸⁷. Nous regrettons que le législateur n'ait pas maintenu une telle possibilité de tenir une audience publique, eu égard au sort qui peut être réservé à ces personnes particulièrement vulnérables en raison des troubles mentaux dont elles souffrent¹⁸⁸. À notre estime, la publicité des audiences constitue une garantie procédurale essentielle dans le cas où une juridiction ordonne une mesure d'internement à durée indéterminée après avoir constaté que l'infraction était établie¹⁸⁹.

¹⁸⁵ À la différence de l'article 127, § 4, al. 2, du Code d'instruction criminelle qui n'exige pas que l'inculpé soit toujours assisté d'un conseil. Notons que l'article 13, § 3, alinéa 2, de la loi du 5 mai 2014 est, quant à lui, redondant par rapport à l'article 81 qui dispose que les juridictions ne peuvent statuer sur les demandes d'internement qu'à l'égard des personnes qui sont assistées ou représentées par un avocat.

¹⁸⁶ Le prononcé en audience publique implique, conformément à l'article 782bis, al. 1^{er}, du Code judiciaire, la présence du ministère public (Cass., 8 octobre 2015, R.G. P.15.1234.F, www.cass.be).

¹⁸⁷ L'article 9 de la loi de défense sociale disposait que « Les juridictions d'instruction peuvent, comme les juridictions de jugement, lorsqu'elles sont appelées à statuer sur un réquisitoire ou une demande d'internement, ordonner soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public ou à la demande de l'inculpé et de son avocat, l'audition de témoins ou d'experts. Sauf dans les cas où la publicité est jugée dangereuse pour l'ordre et les mœurs, l'audience des juridictions d'instruction est publique si l'inculpé le demande ».

¹⁸⁸ N. COLETTE-BASECOZ, « Le refus de se soumettre à l'expertise psychiatrique et son incidence sur l'internement », note sous Cass., 31 mai 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 204 ; P. VERPOORTEN, « De interneringspraktijk zoals vormgegeven door de wet van 5 mei 2014, gewijzigd door de Potpourri III-wet van 4 mei 2016 », in J. CASSELMAN, R. DE RYCKE, H. HEIMANS, P. VERPOORTEN, *Internering. Het nieuwe beleid in België: een metamorfose?*, Brugge, die Keure, 2017, pp. 26-31.

¹⁸⁹ P. VERPOORTEN, « De interneringspraktijk zoals vormgegeven door de wet van 5 mei 2014, gewijzigd door de Potpourri III-wet van 4 mei 2016 », *op. cit.*, p. 28 ; K. HANOUËLLE, « Potpourri III als sluitstuk van de nieuwe interneringswetgeving », *op. cit.*, p. 399.

Louis Althusser qui, suite au meurtre de son épouse, avait bénéficié, en France, d'un non-lieu et avait été placé d'office dans un hôpital psychiatrique, a regretté avoir été privé de son procès et de ne pas avoir pu s'expliquer publiquement. Selon lui, « le destin du non-lieu, c'est la pierre tombale du silence »¹⁹⁰.

La Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de cette absence de publicité. Dans le cadre d'un recours en annulation, elle a validé les nouvelles dispositions légales (les articles 13, § 4, et 14, § 2, de la loi du 5 mai 2014) jugées conformes aux articles 10 et 11 de la Constitution. Elle a indiqué que la publicité des audiences et le prononcé des jugements en audience publique, prescrits par les articles 148 et 149 de la Constitution, ne s'appliquent qu'aux cours et tribunaux et non aux juridictions d'instruction¹⁹¹. Cette motivation nous paraît cependant prêter le flanc à la critique car, en matière d'internement, les juridictions d'instruction disposent d'une compétence « de pleine juridiction »¹⁹² et, comme nous l'avons rappelé, statuent bien sur le fond comme des juridictions de jugement, ce qui pourrait justifier l'application de garanties procédurales identiques à celles régissant la phase de jugement¹⁹³.

La Cour constitutionnelle¹⁹⁴ ajoute que l'absence de publicité des débats serait compensée par les garanties procédurales supplémentaires instaurées par la loi du 5 mai 2014¹⁹⁵ (le caractère contradictoire de l'expertise, la possibilité de se faire assister, de communiquer à l'expert judiciaire toutes les informations utiles que lui fournit le prestataire de soins de son choix, de consulter son dossier et d'en demander une copie, le droit de demander au juge d'instruction des devoirs d'instruction complémentaires, ainsi que la possibilité de mettre en œuvre les voies de recours).

Dans un raisonnement similaire à celui adopté par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, dans son arrêt du 31 mai 2017¹⁹⁶, a considéré que les articles 6, § 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 148 de la Constitution ne s'appliquent pas aux juridictions d'instruction statuant sur le règlement de la procédure, y compris lors des débats qui s'y déroulent à propos de la nécessité d'ordonner l'internement d'un inculpé.

Le raisonnement ne nous convainc cependant pas. Les autres garanties procédurales contenues dans la loi du 5 mai 2014, si elles sont certes importantes, ne nous paraissent pas suffisantes à compenser une telle lacune de la nouvelle législation¹⁹⁷.

¹⁹⁰ L. ALTHUSSER, *L'Avenir dure longtemps*, Paris, Stock/TMEC, 1992, p. 15.

¹⁹¹ C.C., arrêt n° 22/2016, 18 février 2016, www.const-court.be (B.42 à B.45).

¹⁹² La notion de « pleine juridiction » renvoie au pouvoir du juge concerné de se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il est saisi (Cour eur. D.H., arrêt *Chevol c/ France*, 13 février 2003, § 77, Cour eur. D.H., arrêt *Sylvester's Horeca Services c/ Belgique*, 4 mars 2004, § 25, <https://hudoc.echr.coe.int>, cités par S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 124).

¹⁹³ P. VERPOORTEN, « De interneringspraktijk zoals vormgegeven door de wet van 5 mei 2014, gewijzigd door de Potpourri III-wet van 4 mei 2016 », *op. cit.*, p. 27 ; H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 923.

¹⁹⁴ C.C., arrêt n° 22/2016, 18 février 2016, www.const-court.be.

¹⁹⁵ Art. 7, 8, 13 et 14 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

¹⁹⁶ Cass., 31 mai 2017, note N. COLETTE-BASECOZ, « Le refus de se soumettre à l'expertise psychiatrique et son incidence sur l'internement », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 190.

¹⁹⁷ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., *op. cit.*, pp. 922-923.

Par ailleurs, sous l'empire de la loi de défense sociale, l'audition de témoins ou d'experts pouvait être ordonnée, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public ou à la demande de l'inculpé et de son avocat¹⁹⁸. Si la loi du 5 mai 2014 n'a pas repris cette disposition, l'audition de témoins ou d'experts n'a toutefois pas été exclue par le législateur¹⁹⁹.

2. Les juridictions de jugement

S'agissant des juridictions de jugement, l'internement peut être décidé par le tribunal de police, le tribunal correctionnel, la cour d'appel ou encore la cour d'assises.

Lorsque l'internement est décidé par la juridiction de jugement, celle-ci devra appliquer la procédure prévue par le Code d'instruction criminelle devant les juridictions de jugement. Des règles plus précises ont toutefois été édictées concernant la cour d'assises, à l'article 15 de la loi du 5 mai 2014. S'il ressort à ce moment des débats que l'accusé est atteint d'un trouble mental grave, ou si l'accusé ou son avocat le demande, le jury répond aux questions subsidiaires suivantes : 1) « Est-il constant que l'accusé a commis un fait qualifié crime ou délit ? », 2) « Est-il constant que l'accusé est atteint d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes visés à l'article 9, § 1^{er}, 1^o ? ».

En cas de réponse affirmative du jury à ces deux questions, la cour et le jury statuent ensemble sur l'internement de l'inculpé conformément à l'article 9 de la loi du 5 mai 2014 et à l'article 343 du Code d'instruction criminelle (prévoyant que les décisions sont prises à la majorité absolue des voix). L'arrêt rendu par la cour d'assises énonce les motifs qui ont conduit à l'internement de l'accusé²⁰⁰.

Lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit politique ou de presse, l'internement ne peut être prononcé qu'à l'unanimité de la cour et des jurés. Les mêmes règles existaient déjà dans la loi de défense sociale (à l'article 10). Il s'agit là d'une précaution voulue par le législateur en cas de crime ou de délit politique ou de presse en raison de la durée indéterminée de l'internement.

L'article 148 de la Constitution est applicable devant les juridictions de jugement. Il en résulte que les audiences sont publiques à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, et dans ce cas le tribunal le déclare par un jugement. Le huis clos ne peut être prononcé qu'exceptionnellement pendant la totalité ou une partie du procès, dans l'intérêt de la moralité, dans l'intérêt de l'ordre public ou de la sécurité nationale, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice²⁰¹.

¹⁹⁸ Art. 9, al. 1^{er} et 2, de la loi de défense sociale. Voy. aussi C.C., arrêt n° 122/99, 10 novembre 1999, www.const-court.be.
¹⁹⁹ N. COLETTE-BASCQZ, « Le refus de se soumettre à l'expertise psychiatrique et son incidence sur l'internement », *op. cit.*, p. 210.

²⁰⁰ Cette exigence de motivation est également présente pour les verdicts (d'acquiescement ou de culpabilité) des jurys d'assises (depuis la loi du 21 décembre 2009 de réforme de la cour d'assises, adoptée à la suite de la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire « Taxquet »).

²⁰¹ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 1174.

En vertu de l'article 195 du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été modifié par la loi du 5 mai 2014, le juge, lorsqu'il prononce une mesure d'internement, est tenu d'informer les parties de l'exécution de cette mesure et des éventuelles modalités d'exécution de l'internement. Il informe également la partie civile des possibilités d'être entendue dans le cadre de l'exécution de l'internement au sujet des conditions qui doivent être imposées dans son intérêt.

3. Le recours contre une décision ordonnant l'internement

S'agissant des recours contre une décision d'internement prononcée par les juridictions d'instruction, l'article 14 de la loi du 5 mai 2014 a été modifié par la loi du 6 juillet 2017²⁰², dite « pot-pourri V »²⁰³. Cette dernière législation a supprimé l'opposition pour les parties jugées par défaut par la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation. Cette modification permet de corriger une contradiction apparue dans l'ancienne version de la loi du 5 mai 2014²⁰⁴. Cette dernière permettait à l'inculpé de former opposition contre une décision d'internement rendue par défaut alors que l'article 81, § 1^{er}, de la même loi prévoit que les juridictions ne peuvent statuer sur les demandes d'internement qu'à l'égard des personnes concernées qui sont assistées ou représentées par un avocat. La loi du 6 juillet 2017 a par ailleurs remédié à une lacune de la loi du 5 mai 2014 en complétant l'article 81 par un § 3, lequel dispose que si l'intéressé n'a pas fait choix d'avocat, le président lui en désigne un d'office.

La loi du 5 mai 2014 régit de manière identique l'appel dirigé contre une décision émanant d'une juridiction d'instruction et celui formé contre une décision rendue par une juridiction de jugement.

L'article 14 de la loi du 5 mai 2014 précise que le procureur du Roi et les parties ou leur avocat peuvent interjeter appel des décisions de la chambre du conseil devant la chambre des mises en accusation dans les formes et délais prévus aux articles 203, 203bis et 204 du Code d'instruction criminelle. L'appel est formé par déclaration au greffe du tribunal correctionnel, sauf dans le cas visé à l'article 205 du Code d'instruction criminelle et à l'article 1^{er} de la loi du 25 juillet 1893 relative aux déclarations d'appel ou de recours en cassation des personnes détenues ou internées.

À l'instar de ce qui est prévu devant la chambre du conseil, les débats devant la chambre des mises en accusation se déroulent également à huis clos et le prononcé est public.

Le libellé de la disposition légale ne paraît pas empêcher d'interjeter appel contre une décision de la chambre du conseil qui refuse d'ordonner un internement et renvoie l'inculpé devant le tribunal correctionnel²⁰⁵. Cette question, liée à la nature même de la décision prise par la juridiction d'instruction dans une telle situation²⁰⁶, est déterminante au niveau des règles régissant l'appel de l'inculpé. Soit il est admis qu'en

²⁰² Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, dite « pot-pourri V », *M.B.*, 24 juillet 2017.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Amendement n° 79, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2259/003, pp. 131-132.

²⁰⁵ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 923.

²⁰⁶ A. DE NAUW, « L'internement et la partie civile à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1983 », *Rev. dr. pén. crim.*, 1984, p. 432-435.

statuant de la sorte, la chambre du conseil rend une décision susceptible d'appel sur la base de l'article 14 de la loi du 5 mai 2014, soit il est considéré qu'il s'agit purement et simplement d'une décision de renvoi devant la juridiction de jugement. Dans la première hypothèse, à l'inverse de la seconde, l'inculpé sera autorisé à relever appel même en dehors des hypothèses limitées de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle²⁰⁷. Par ailleurs, le délai d'appel de quinze jours (réduit à vingt-quatre heures lorsque l'inculpé est détenu), indiqué dans cet article et qui s'applique à la seconde hypothèse, diffère du délai de droit commun (trente jours) prévu à l'article 203 du Code d'instruction criminelle auquel la loi du 5 mai 2014 se réfère à l'article 14.

Certains auteurs soulèvent toutefois, à juste titre, que, s'agissant d'une décision ne faisant pas droit à une demande d'internement et ordonnant le renvoi, l'on peut se demander « si l'appel n'est pas irrecevable à défaut d'intérêt, la juridiction de jugement restant libre d'ordonner elle-même l'internement »²⁰⁸.

Un appel peut également être formé à l'encontre d'une décision d'internement prononcée par une juridiction de jugement (tribunal de police ou tribunal correctionnel). Il se fera dans les formes et délais prévus dans les articles susmentionnés du Code d'instruction criminelle.

Le délai d'appel, visé à l'article 203 du Code d'instruction criminelle, est de trente jours. Il court à dater du lendemain du prononcé du jugement. S'agissant du ministère public « d'instance », il dispose d'un délai supplémentaire de dix jours, ayant pour but, lorsque le prévenu a fait appel, de former un appel subséquent²⁰⁹. En vertu de l'article 205 du Code d'instruction criminelle, le ministère public près la juridiction qui doit connaître de l'appel a, quant à lui, un délai de quarante jours à compter du prononcé du jugement pour former appel.

Conformément à l'article 204 du Code d'instruction criminelle, à peine de déchéance de l'appel, la déclaration d'appel doit être accompagnée d'une requête qui contient précisément les griefs élevés contre le jugement et qui doit également être déposée dans le délai d'appel. L'obligation de déposer une telle requête s'applique aussi à l'interné²¹⁰ qui fait une déclaration d'appel auprès du directeur de l'établissement ou de son délégué, conformément à ce qui est prévu à l'article 1^{er} de la loi du 25 juillet 1893.

Initialement, la loi ne prévoyait pas la possibilité de déposer cette requête dans l'établissement. À la suite de la modification intervenue par l'article 34 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant le statut juridique des détenus et la surveillance des prisons et portant des dispositions diverses en matière de justice, il est désormais possible

d'introduire à la fois sa déclaration d'appel et la requête contenant les griefs dans l'établissement²¹¹.

C'est de façon tout à fait pertinente que Delphine Paci et Martin Aubry font observer que le législateur n'a pas prévu explicitement l'assistance d'un avocat dans le cas de l'appel²¹². Les auteurs s'interrogent : « Un appel pourra-t-il réellement être déclaré irrecevable si le formulaire n'a pas été rempli correctement par l'interné, au vu du trouble mental affectant celui-ci ? La question doit selon nous appeler une réponse négative, sous peine d'entraîner une violation du droit au procès équitable et à un recours effectif tel que prévu par la Convention européenne des droits de l'homme »²¹³.

Les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives au pourvoi en cassation sont d'application s'agissant d'une décision définitive d'internement qui serait prononcée par la chambre des mises en accusation²¹⁴, le tribunal correctionnel (statuant en appel d'une décision du tribunal de police), la cour d'appel (statuant en appel d'une décision du tribunal correctionnel) ou la cour d'assises.

La Cour de cassation ne connaissant pas du fond des affaires, les moyens invoqués à l'appui du pourvoi doivent se rapporter à des griefs de forme (violation de formes substantielles ou prescrites à peine de nullité) ou à des griefs de fond (la Cour de cassation devant se limiter à vérifier si la juridiction d'instruction ou de jugement a fait une correcte application de la loi relative à l'internement). En dehors de ces moyens, le pourvoi dirigé à l'encontre d'une décision qui ordonne ou confirme un internement serait jugé irrecevable²¹⁵.

En vertu de l'article 423 du Code d'instruction criminelle, le délai pour se pourvoir en cassation est de quinze jours à dater du prononcé de la décision. Le pourvoi se forme par simple déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision définitive. La déclaration peut toutefois se faire au directeur de la prison dans le cas des personnes détenues (article 426 du Code d'instruction criminelle).

Par ailleurs, les moyens, formulés à l'appui du pourvoi, ne peuvent l'être que par le biais d'un mémoire²¹⁶.

Rappelons que l'avocat qui introduit le pourvoi et qui dépose le mémoire doit être titulaire de l'attestation de formation en procédure en cassation requise par l'article 425 du Code d'instruction criminelle²¹⁷.

²⁰⁷ En vertu de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle, l'inculpé peut faire appel des ordonnances de renvoi dans les situations suivantes : s'il soulève une exception d'incompétence ; en cas d'irrégularité, d'omission ou de cause de nullité affectant un acte d'instruction ou l'obtention d'une preuve ; en cas d'irrégularité, d'omission ou de cause de nullité relative à l'ordonnance de renvoi ; s'il invoque une cause d'irrecevabilité ou d'extinction de l'action publique. Notons que conformément à l'article 135, § 1^{er}, le ministère public et la partie civile peuvent, quant à eux, interjeter appel de toutes les ordonnances de la chambre du conseil.

²⁰⁸ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., Bruges, op. cit., p. 923. Les auteurs citent R. DECLERCQ, *Cassation en matière répressive*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 49.

²⁰⁹ Voy. Cass., 29 novembre 2017, R.G. P.17.0761 F, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 772.

²¹⁰ Voy. C.C., arrêt n° 2/2018, 18 janvier 2018, www.const-court.be.

²¹¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-1986/003, p. 49.

²¹² D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, op. cit., p. 49.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Une décision de la chambre des mises en accusation ordonnant ou confirmant l'internement est une décision définitive au sens de l'article 420, al. 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.

²¹⁵ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, op. cit., p. 50.

²¹⁶ Le mémoire doit être déposé quinze jours au plus tard avant l'audience et dans les deux mois à compter de la déclaration de pourvoi (art. 429 du Code d'instruction criminelle).

²¹⁷ Ces dispositions ne concernent bien entendu pas le ministère public.

4. L'incarcération immédiate

La loi du 5 mai 2014 s'est inspirée du mécanisme de l'arrestation immédiate instaurée par l'article 33 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, et a introduit, en matière d'internement, la possibilité pour le juge d'ordonner l'incarcération immédiate, ce que n'avait pas prévu la loi de défense sociale.

À propos de la raison d'être de ce dispositif, rappelons que les décisions d'internement ne peuvent être exécutées, à l'instar de ce qui est prévu pour les condamnations à des peines, qu'à partir du moment où les décisions qui les prononcent ne sont plus susceptibles de recours.

L'incarcération immédiate, prévue à l'article 10 de la loi du 5 mai 2014 tel que modifiée par la loi du 4 mai 2016, peut être ordonnée tant par les juridictions d'instruction que par les juridictions de jugement lorsqu'elles internent une personne qui n'est pas ou plus détenue. Cette décision ne peut toutefois être prise que sur réquisition du procureur du Roi. Elle repose sur la crainte que le prévenu, l'accusé ou l'inculpé tente de se soustraire à l'exécution de la mesure de sûreté ou qu'il représente un danger sérieux et immédiat pour l'intégrité physique ou psychique de tiers ou pour lui-même²¹⁸. La décision doit d'ailleurs préciser les circonstances de l'affaire qui justifient cette crainte. Un débat distinct doit être consacré à la prise de cette décision, immédiatement après le verdict d'internement. Le prévenu, l'accusé ou l'inculpé et son avocat sont entendus s'ils sont présents. La décision ordonnant l'arrestation immédiate n'est pas susceptible d'opposition ou d'appel.

Aux termes de l'article 11 de la loi du 5 mai 2014, si, au moment où l'internement est ordonné, le prévenu, l'accusé ou l'inculpé est détenu ou si le juge ordonne l'internement avec incarcération immédiate, l'internement se déroule provisoirement dans la section psychiatrique d'une prison.

L'article 12 de la loi ajoute cependant que les juridictions d'instruction ou de jugement peuvent, par ordonnance distincte et motivée, laisser ou remettre en liberté la personne, en lui imposant ou non de respecter une ou plusieurs conditions. Cette ordonnance n'est pas non plus susceptible d'opposition ou d'appel.

L'incarcération immédiate a une vocation sécuritaire particulièrement marquée, ce qui, *a priori*, peut surprendre eu égard au rétrécissement du champ d'application de l'internement souhaité par le législateur. Par ailleurs, il est curieux que cette incarcération immédiate se déroule provisoirement dans la section psychiatrique d'une prison alors que le législateur a mis l'accent sur l'importance d'un trajet de soins²¹⁹.

²¹⁸ Notons que si le législateur s'est calqué sur un système introduit par la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, il a étendu le champ de l'application de cette mesure à l'hypothèse où le prévenu ne représente une dangerosité que pour lui-même (Proposition de loi du 21 février 2013 relative à l'internement de personnes, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2001/1, p. 24).

²¹⁹ D. Paci et M. Aubry, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, op. cit., p. 46.

5. La requête de mise en liberté

L'article 130 de la loi du 5 mai 2014 apporte une modification à l'article 27 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, dans lequel il est inséré un § 2bis rédigé comme suit : « La mise en liberté provisoire peut aussi être demandée par celui qui est privé de sa liberté au moment de son internement ou dont l'incarcération immédiate a été ordonnée à l'occasion de l'internement, conformément à l'article 10 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement à la condition qu'appel, opposition ou pourvoi en cassation ait été formé contre la décision d'internement elle-même ». Relevons que l'opposition n'est toutefois plus possible, ainsi que nous l'avons exposé précédemment.

La demande de mise en liberté doit être adressée sous forme de requête déposée au greffe de la juridiction appelée à connaître du recours introduit. Cette juridiction devra statuer dans les cinq jours du dépôt de la requête après avoir entendu le ministère public, l'intéressé et son avocat. À défaut, l'intéressé est mis en liberté²²⁰.

B. Les conditions de l'internement

Nous pouvons nous réjouir du rétrécissement du champ d'application de l'internement opéré à la faveur des législations qui se sont succédé en vue de réformer la loi de défense sociale. La durée indéterminée de l'internement ainsi que les conditions exigeantes moyennant lesquelles une libération peut être obtenue sont autant d'éléments qui invitent à la prudence lorsqu'il s'agit de décider d'une telle mesure.

Rappelons que la loi du 9 avril 1930 subordonnait l'internement à la réunion de trois conditions. La première se rapportait à l'état mental de l'individu. L'internement était réservé à celui qui se trouvait, au moment du jugement, « dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions ». La deuxième concernait les infractions commises par cette personne. Seuls les faits qualifiés crimes ou délits pouvaient donner lieu à une mesure d'internement. Quant à la troisième condition, bien qu'elle n'était pas énoncée en tant que telle dans le texte de la loi, la jurisprudence²²¹, s'appuyant sur les travaux préparatoires des lois du 9 avril 1930 et du 1^{er} juillet 1964²²², s'accordait à exiger qu'en raison de son état mental, la personne représente un danger pour la société.

Il n'a jamais été exigé par la loi que l'état mental de la personne puisse faire l'objet d'une thérapeutique en vue d'une guérison²²³.

Dans les lois des 21 avril 2007 et 5 mai 2014 (dans la version antérieure à sa modification par la loi du 4 mai 2016), un premier rétrécissement du champ d'application

²²⁰ Voy. art. 27, § 3, al. 3, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive.

²²¹ Cass., 26 février 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 180 (« que l'intention bien nette du législateur a été d'exclure la notion de peine du régime à appliquer aux anormaux ; que le système de la loi nouvelle est de réserver la peine aux normaux, parce qu'ils sont responsables, et de traiter les anormaux en individus privés du contrôle de leurs actions ; que si ceux-ci sont dangereux pour la société, ils sont internés, non pas à titre de peine – car on ne punit pas des individus privés du contrôle de leurs actions – mais par mesure de sûreté ; que s'ils ne sont pas dangereux, ils sont laissés en liberté ») ; Cass., 11 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 703 ; C.C., arrêt n° 122/99, 10 novembre 1999, *www.const-court.be*.

²²² Travaux préparatoires de la loi du 1^{er} juillet 1964, Avis du Conseil d'État, *Pasin.*, 1964, p. 929.

²²³ Cass., 20 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 578.

de l'internement a déjà pu être observé. L'internement y était limité aux faits qualifiés crimes ou délits punissables d'une peine d'emprisonnement. En outre, une nouvelle condition a été ajoutée : la réalisation d'une expertise psychiatrique préalable à toute mesure d'internement. Par ailleurs, la terminologie a été adaptée et la condition de dangerosité a été inscrite dans la loi. Ces deux aspects n'ont toutefois pas eu d'incidence sur le champ d'application de l'internement, n'introduisant aucune rupture par rapport aux conditions de la loi de défense sociale.

Par la suite, la loi du 4 mai 2016 a modifié la loi du 5 mai 2014 pour restreindre davantage le champ d'application de l'internement, ne retenant que les crimes ou délits portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers.

Les conditions actuellement requises pour ordonner un internement sont énoncées à l'article 9, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 5 mai 2014²²⁴. Elles sont au nombre de quatre :

- un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers ;
- un trouble mental, présent au moment du jugement, ayant aboli ou altéré gravement la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ;
- un danger de commettre de nouveaux crimes ou délits portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers, en raison de son trouble mental, éventuellement combiné avec d'autres facteurs de risque ;
- une expertise psychiatrique médico-légale préalable (ou l'actualisation d'une expertise antérieure).

Nous commenterons, dans les développements qui suivent, chacune de ces conditions.

1. Un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers

L'auteur doit avoir commis un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers.

Rappelons qu'à l'origine, sous l'empire de la loi de défense sociale, l'internement pouvait être ordonné pour tous les faits qualifiés crimes ou délits, sans autre restriction. La loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental a introduit une limitation, selon laquelle le crime ou le délit devait être punissable d'une peine d'emprisonnement. Il s'agissait déjà d'un premier pas vers un rétrécissement du champ d'application de l'internement, au demeurant conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination consacrés aux articles 10 et 11 de la

²²⁴ L'article 9 de la loi du 5 mai 2014 dispose :

« 1^{er}. Les juridictions d'instruction, sauf s'il s'agit d'un crime ou d'un délit considéré comme un délit politique ou comme un délit de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie, et les juridictions de jugement peuvent ordonner l'internement d'une personne :

1^o qui a commis un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers ; et
2^o qui, au moment de la décision, est atteint d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, et
3^o pour laquelle le danger existe qu'elle commette de nouveaux faits tels que visés au 1^{er} en raison de son trouble mental, éventuellement combiné avec d'autres facteurs de risque.

La juridiction d'instruction ou la juridiction de jugement apprécie de manière motivée si le fait a porté atteinte ou a menacé l'intégrité physique ou psychique de tiers.

§ 2. Le juge prend sa décision après qu'a été effectuée l'expertise psychiatrique médico-légale visée à l'article 5, ou après l'actualisation d'une expertise antérieure ».

Constitution. Cette nouvelle règle permettait en effet d'éviter une différence de traitement, mise en avant par le Conseil d'État²²⁵, entre un malade mental et une personne saine d'esprit, pour des délits qui ne seraient pas sanctionnés par une peine privative de liberté. Le premier pourrait faire l'objet d'un internement alors que l'auteur qui n'est pas atteint de troubles mentaux n'aurait pas pu être condamné à une peine d'emprisonnement²²⁶.

La version originale de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement avait repris de façon identique cette condition de la loi du 21 avril 2007. C'est lors de l'adoption de la loi du 4 mai 2016 qu'une nouvelle restriction est apparue dans le champ d'application matériel de l'internement. Il est désormais exigé que le crime ou le délit ait porté atteinte à ou ait menacé l'intégrité physique ou psychique de tiers.

L'introduction d'un seuil de gravité des infractions parmi les conditions de l'internement permet désormais d'exclure du champ d'application de l'internement ceux qui ont commis des infractions ne constituant pas une atteinte ou une menace à l'intégrité physique d'autrui²²⁷ (par exemple des vols simples, des destructions de biens...). Delphine Paci et Martin Aubry évoquent une personne qui fut internée pour un vol de vélo et qui passa plus de vingt ans dans un établissement de défense sociale²²⁸...

En ne se limitant pas aux infractions ayant porté une atteinte effective à l'intégrité physique ou psychique d'un tiers, et en visant également les cas où cette intégrité est simplement menacée, le législateur a permis l'internement pour certains faits qui démontrent une dangerosité dans le chef de l'auteur²²⁹. L'exposé des motifs cite, comme exemples, les faits qui (par hasard) n'ont fait aucune victime, comme un incendie volontaire, un attentat à la bombe, un jet d'acide²³⁰.

Les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 2016 font apparaître clairement la volonté du législateur « de se focaliser sur ces personnes pour lesquelles cette mesure de sûreté est véritablement nécessaire dès le début pour une durée indéterminée et desquelles la société et les victimes doivent être protégées »²³¹. L'exposé des motifs précise d'ailleurs que « l'internement pour infractions contre les biens et toutes sortes de formes de nuisances est exclu, sauf si les faits entraînent une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ou une menace contre celle-ci. Dans ce contexte, on peut penser, par exemple, à des effractions qui suscitent une grande inquiétude chez les habitants, des dégradations volontaires graves ou des infractions graves contre les biens abusant de la situation de faiblesse des victimes »²³².

²²⁵ Le Conseil d'État avait fait observer que cette différence de traitement pouvait se révéler critiquable (Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.* Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/001, p. 133).

²²⁶ H. D. BOSLY et N. COLETTE-BASECOZ, « La nouvelle loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, pp. 64-65.

²²⁷ K. HANOULLE, *Internement en toerekeningsvatbaarheid*, *op. cit.*, p. 138. L'auteur cite des chiffres montrant qu'une partie non négligeable des internements se rapporte exclusivement à des infractions contre les biens ou des vols sans violences.

²²⁸ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pouri III »*, *op. cit.*, p. 20, nbp 59.

²²⁹ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2015-2016, n° 1590/001, p. 102.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/001, p. 101.

²³² Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2015-2016, n° 1590/001, p. 102.

Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État a émis quelques craintes au regard de la sécurité juridique et du principe de légalité : « [...] en subordonnant la possibilité d'un internement à un effet subjectif éventuel que les délits peuvent provoquer chez la victime, effet qui n'est décrit que dans l'exposé des motifs, le projet se heurte à la sécurité juridique et au principe de la légalité en matière pénale. Les délits susceptibles d'entraîner l'internement doivent dès lors être définis d'une manière plus objective dans la disposition en projet elle-même »²³³.

Comme l'ont relevé, à juste titre, l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2016 et l'avis du Conseil d'État, une énumération des infractions qui peuvent donner lieu à un internement était toutefois difficilement réalisable²³⁴.

L'article 9, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 2014 a dès lors été complété afin d'ajouter que la juridiction d'instruction ou la juridiction de jugement doit apprécier de manière motivée si le fait a porté atteinte ou a menacé l'intégrité physique ou psychique de tiers. Si le juge dispose à cet égard d'une appréciation souveraine, il est tenu de motiver l'existence de cette condition.

Le choix opéré par le législateur pour rencontrer les craintes soulevées par le Conseil d'État peut toutefois laisser perplexe. En effet, indépendamment du pouvoir souverain reconnu au juge, le législateur se doit de définir les termes de la loi de manière claire et précise. C'est à bon escient qu'Élodie Jacques fait observer que la nature subjective du critère implique une appréciation *a posteriori* en contradiction avec l'exigence de prévisibilité²³⁵.

Comme d'aucuns l'ont souligné, « cette appréciation par le juge demeure une question d'appréciation subjective, qui donnera lieu sans nul doute à de vifs débats au sein du prétoire, et risque d'entraîner des divergences importantes entre les différentes décisions judiciaires, selon les chambres et les arrondissements »²³⁶.

Si le rétrécissement du champ d'application de l'internement a été salué par bon nombre d'acteurs²³⁷, le Collège des procureurs généraux²³⁸ a toutefois émis des réserves quant aux conséquences pouvant découler de la modification législative, craignant une forme d'impunité²³⁹. Il est cependant quelque peu incongru de parler d'impunité alors que l'internement n'est précisément pas une peine. Par ailleurs, le filet pénal s'est au contraire étendu puisque l'acquittement, pour cause de trouble mental, est désormais réservé à un petit nombre de situations, répondant à l'exigence stricte d'une abolition des facultés mentales visée à l'article 71 du Code pénal²⁴⁰, ainsi que nous l'avons exposé. Les auteurs de crimes et délits qui ne relèveraient pas du champ

²³³ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/001, p. 325.

²³⁴ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/001, p. 102.

²³⁵ É. JACQUES, « Le droit du justiciable dans le cadre de la loi sur l'internement (y compris la loi "pot-pourri III") », *op. cit.*, p. 359.

²³⁶ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, *op. cit.*, p. 22.

²³⁷ *Ibid.*, p. 24.

²³⁸ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 131.

²³⁹ K. HANOULLE, « Potpourri III als sluitstuk van de nieuwe interneringswetgeving », *op. cit.*, p. 389.

²⁴⁰ *Ibid.*

d'application matériel de l'internement, et qui seraient atteints d'un trouble mental ayant altéré leur capacité de discernement ou de contrôle de leurs actes, se verront en effet reconnus coupables et condamnés à une peine.

L'objectif du législateur de réserver l'internement aux personnes ayant commis des faits constituant une atteinte ou une menace à l'intégrité physique ou psychique de tiers est, certes, louable. Cela étant, il est permis de se demander si cette nouvelle condition, plus restrictive, ne risque pas de laisser sans soins thérapeutiques les « abolis » auteurs d'infractions mineures ne comportant qu'une atteinte aux biens, qui seraient toujours atteints d'un trouble mental au moment du jugement mais qui ne seraient pas dans les conditions pour être internés. Dans ce cas, vu qu'il n'est pas possible d'envisager une prise en charge thérapeutique dans le cadre d'une solution pénale, les auteurs de la loi semblent avoir envisagé, à titre de « solution de remplacement », la mise en observation sous contrainte en application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux²⁴¹. Or il convient de rappeler que cette loi requiert également, parmi les conditions d'une mise en observation, une dangerosité à l'égard des personnes, soit, pour soi-même, à savoir une mise en péril grave de sa santé et de sa sécurité, soit une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui²⁴². Il en résulte que les malades mentaux, dont la dangerosité serait limitée aux biens, ne relèveraient pas du champ d'application de la loi du 26 juin 1990 et ne pourraient dès lors pas se voir prodiguer des soins psychiatriques dans le cadre d'un circuit civil. En ce qui concerne les « non abolis » au moment des faits qui, même si leur trouble mental persiste au moment du jugement, ne pourraient être internés (les infractions commises n'atteignant pas le seuil de gravité requis), ils seront reconnus responsables pénalement. Pour ceux-là, ainsi que nous l'avons précédemment exposé, des soins pourraient être envisagés dans le cadre, tantôt d'une médiation pénale, tantôt d'une peine de probation autonome ou encore comme mesure probatoire encadrant un sursis ou une suspension du prononcé. Nous avons toutefois attiré l'attention sur les écueils qui peuvent se présenter, notamment au niveau de l'exigence d'un consentement libre et éclairé.

Les résultats d'une étude récente menée sur 153 patients internés souffrant de psychose ont montré que la gravité des faits n'est liée ni à la dangerosité ni à la sévérité de la pathologie²⁴³. Cette étude a aussi mis en exergue qu'un cas sur six ne donnera plus lieu à internement en fonction du seuil de gravité instauré par la loi du 5 mai 2014 (faits de vols simples, vandalisme...). Les auteurs de l'étude concluent : « Nous saluons la tentative de vouloir restreindre le champ d'application de l'internement mais nous craignons que l'opérationnalisation donnée à ce souhait ne porte pas ses fruits aux regards des résultats de cette étude. Un nombre de personnes risquent de ne trouver ni les soins adéquats ni le cadre de sécurité suffisant »²⁴⁴.

²⁴¹ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 39.

²⁴² F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, p. 80 ; K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, *op. cit.*, p. 149.

²⁴³ L. DE PAGE, S. MERCENIER et P. TITECA, « La gravité des faits comme condition à l'internement », *Annales médico-psychologiques*, 2018, <https://doi.org/10.1016/j.jamp.2018.01.013>. Voy. aussi L. DE PAGE, S. MERCENIER et P. TITECA, « Défense sociale. Liens entre la gravité des faits, la dangerosité et la sévérité de la pathologie (dans le trajet de soins des internés souffrant de psychose) », *Acta Psychiatrica Belgica*, n° 114/3, 2014, pp. 31-39.

²⁴⁴ L. DE PAGE, S. MERCENIER et P. TITECA, « La gravité des faits comme condition à l'internement », *op. cit.*

La loi du 5 mai 2014 ne précise pas si l'internement peut être ordonné pour un ensemble de faits constitués à la fois d'atteintes aux personnes et d'atteintes aux biens. Nonobstant cette lacune, il nous semble que le juge devrait pouvoir prendre une décision unique ordonnant l'internement même si les différentes préventions ne portent pas toutes sur des faits constituant des atteintes aux personnes.

Dans le cas d'un prévenu « non aboli », il nous paraîtrait incongru qu'en ce qui concerne les infractions d'atteinte aux biens, le juge prononce une peine alors qu'il prononcerait, dans le même temps, un internement pour les infractions d'atteintes aux personnes. Dans une telle situation, seule une mesure d'internement pour l'ensemble des infractions nous semble pouvoir être prononcée.

Si c'est la juridiction d'instruction qui est appelée à se prononcer dans une cause où l'inculpé est poursuivi pour diverses infractions, dont l'une consisterait en une atteinte aux biens et l'autre en une atteinte aux personnes, il ne serait pas souhaitable qu'elle ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel pour la première et l'internement pour la seconde. Un non-lieu pourrait être décidé en ce qui concerne l'atteinte aux biens, sur la base de l'article 71 du Code pénal, pour autant qu'il soit admis que l'inculpé était atteint, au moment des faits, d'un trouble mental ayant aboli sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes²⁴⁵. Rappelons, par ailleurs, que la juridiction d'instruction se limite à examiner les charges lorsqu'elle rend une décision de non-lieu, tandis que l'internement (tout comme la suspension du prononcé) requiert un examen au fond, impliquant que la preuve de l'infraction soit rapportée.

En ce qui concerne la situation d'un « aboli », celle-ci peut s'avérer plus complexe car, si le juge ordonne uniquement l'internement pour toutes les préventions confondues, sa décision est susceptible d'entraîner des conséquences notamment sur le plan des confiscations spéciales²⁴⁶. Dans un arrêt du 20 juin 2018²⁴⁷, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles a été saisie d'un appel contre une ordonnance d'internement prononcée par la chambre du conseil. Les faits commis par l'inculpé, qui étaient visés dans trois préventions distinctes, portaient sur le blanchiment d'une somme d'au moins 44.000 euros, la diffusion de fausses informations via les réseaux sociaux concernant l'existence d'un danger d'attentat, et du harcèlement à l'aide de moyens de communications électroniques. Si la chambre des mises en accusation a confirmé l'internement pour les deux dernières préventions, en revanche, concernant l'infraction de blanchiment, elle a relevé qu'il n'était pas démontré que ces faits portaient atteinte ou menaçaient l'intégrité physique ou psychique de tiers, de telle sorte que les conditions légales de l'internement n'étaient pas réunies pour cette prévention. En l'espèce, la chambre des mises en accusation a retenu une abolition des facultés mentales et, en application de l'article 71 du Code pénal, a déclaré qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre. C'est donc de façon logique que l'arrêt a précisé que la confiscation ne se justifie pas dans ce cas²⁴⁸. Elle a dès lors ordonné la restitution à l'inculpé des fonds saisis.

²⁴⁵ En ce sens, voy. Bruxelles (ch. mis. acc.), 20 juin 2018, inédit.

²⁴⁶ Cf. *infra*.

²⁴⁷ Bruxelles (ch. mis. acc.), 20 juin 2018, inédit.

²⁴⁸ Alors que la confiscation spéciale est prononcée dans le cas de l'internement, elle est exclue en cas d'acquiescement ou de non-lieu (notamment fondé sur l'article 71 du Code pénal).

2. Un trouble mental ayant aboli ou altéré gravement les facultés mentales, présent au moment du jugement

Les notions de « démence », « débilité mentale » et « déséquilibre mental » ont été remplacées par un vocabulaire plus conforme à la science psychiatrique actuelle. L'état mental pris en compte pour statuer sur un éventuel internement est le suivant : un « trouble mental qui abolit ou altère gravement la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ».

C'est donc l'existence du trouble mental au moment du jugement qui détermine la possibilité éventuelle d'une mesure d'internement. Nous avons vu que pour l'application de l'article 71 du Code pénal, c'est l'état mental au moment de l'infraction qui est pris en compte.

La notion de trouble mental, utilisée également par l'Organisation Mondiale de la Santé et l'Association des Psychiatres Américains, présente l'avantage d'être suffisamment large pour pouvoir s'adapter à l'évolution future des connaissances en psychiatrie²⁴⁹.

Notons que, par rapport à la loi de défense sociale, la loi du 5 mai 2014, reprenant sur ce point les recommandations de la Commission « internement » précédemment intégrées dans la loi du 21 avril 2007, a mieux défini l'état mental. Alors que la loi de défense sociale²⁵⁰ visait spécifiquement la capacité volitive (de contrôle de ses actes), la capacité cognitive (de discernement) est aussi visée dans la définition du trouble mental pouvant donner lieu à un internement.

Une abolition ou une altération grave de l'une ou l'autre des capacités de discernement ou de contrôle de ses actes peut suffire à entraîner une mesure d'internement, moyennant la réunion des autres conditions légales.

Une personne peut disposer de la capacité de discernement et être consciente du caractère délictuel ou criminel de ses actes sans pour autant être en mesure de se contrôler²⁵¹. Inversement, « l'exécution d'un acte peut être parfaitement planifiée et exécutée d'une façon contrôlée tout en étant basée sur une intention dont le contenu est manifestement pathologique (par exemple un délire paranoïaque) »²⁵².

À la différence de l'article 71 du Code pénal, le champ d'application de l'internement recouvre tant l'abolition que l'altération grave des capacités volitives et cognitives²⁵³.

²⁴⁹ Projet de loi du 10 janvier 2007 relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental, Exposé des motifs, *Doc. parl.* Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/1, p. 7. Voy. O. VANDEMEULEBROEKE, « Un autre régime d'internement des délinquants atteints d'un trouble mental. La loi du 21 avril 2007 », *op. cit.*, p. 314.

²⁵⁰ La loi de défense sociale avait vocation à s'appliquer aux personnes se trouvant, au moment du jugement, dans un état de démence, dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale les rendant incapables du contrôle de leurs actions.

²⁵¹ N. COLETTE-BASECOZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *op. cit.*, p. 85.

²⁵² Rapport final des travaux de la Commission « internement » (sous la présidence de feu le baron J. DELVA), *op. cit.*, p. 35.

²⁵³ N. COLETTE-BASECOZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », *op. cit.*, pp. 173-174. Sur l'appréciation du critère de gravité, voy. Corr. Nivelles, 18 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1412, note N. BLAISE, « La suspension probatoire au secours des personnes atteintes d'un déséquilibre mental... assez grave ».

I. LA DÉCISION DE LA MESURE D'INTERNEMENT

Le trouble, s'il n'a pas aboli la capacité de discernement ou le contrôle de ses actes, doit l'avoir, à tout le moins, gravement altérée. Il doit s'agir d'un trouble durable²⁵⁴, peu importe qu'il soit congénital, acquis ou même provoqué²⁵⁵.

Les maladies chroniques peuvent aussi être comprises dans cette notion. Le tribunal correctionnel de Bruxelles, dans un jugement du 5 octobre 2017²⁵⁶, a ainsi ordonné l'internement d'un prévenu poursuivi pour tentative de meurtre et souffrant d'une maladie mentale chronique. En l'espèce, l'expert psychiatre, qui avait remis son rapport le 23 mars 2015 (soit avant la date d'entrée en vigueur de la loi relative à l'internement), avait retenu un déséquilibre mental tant au moment des faits qu'au moment de l'expertise.

Dans une autre cause, le tribunal correctionnel de Bruxelles²⁵⁷ a aussi retenu l'existence d'un trouble mental qui altère gravement la capacité de discernement et de contrôle de ses actes s'agissant d'un prévenu souffrant d'une maladie mentale de type psychose, caractérisée par des hallucinations visuelles et des épisodes de décompensation. En l'espèce, les experts qui avaient examiné le prévenu une première fois en 2015, et une seconde fois en 2018 (dans le cadre d'une actualisation de l'expertise), avaient constaté que l'état mental était stabilisé mais avaient insisté sur le caractère extrêmement précaire et fragile de cette stabilisation.

Comme sous l'empire de la loi de défense sociale, la loi du 5 mai 2014 n'exclut pas l'internement lorsque l'état mental n'est pas susceptible d'amélioration²⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que, comme le précise l'article 2 de la loi, l'intéressé doit recevoir les soins dont il a besoin pour mener une vie conforme à la dignité humaine.

Par ailleurs, la gravité du trouble mental ne doit pas être assimilée à la dangerosité qui constitue une condition distincte de l'internement²⁵⁹.

3. Un danger de récidive

Bien que la loi de défense sociale n'ait pas mentionné expressément la condition de dangerosité, il ressort clairement de la jurisprudence²⁶⁰ et de la doctrine²⁶¹ qu'un internement ne peut être prononcé qu'à l'égard d'une personne qui présente un danger social. La loi du 5 mai 2014 renforce sur ce point la sécurité juridique, non seulement parce qu'elle fait figurer expressément cette condition dans le texte de la loi, mais aussi parce qu'elle définit précisément en quoi consiste cette dangerosité.

À la différence de ce qui est prévu dans le régime civil de la mise en observation des malades mentaux²⁶², la dangerosité pour soi-même ne peut suffire à justifier une mesure d'internement. Encore faut-il qu'une dangerosité « sociale » soit également constatée puisque l'un des objectifs poursuivis par le législateur est de protéger la société. Un malade mental suicidaire qui ne constitue aucune menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui ne présente pas cette condition de dangerosité au sens de la loi relative à l'internement.

Comme l'a souligné le ministre de la Justice, il serait disproportionné d'autoriser une mesure d'internement (qui est une mesure de sûreté) pour des faits qui ne font apparaître aucun danger réel pour la société²⁶³.

Nous pouvons constater que le danger social est défini de façon plus restrictive dans la loi du 5 mai 2014 que dans l'interprétation qui en était donnée auparavant²⁶⁴. Il s'agit du danger que la personne commette de nouveaux crimes ou délits portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers en raison de son trouble mental, éventuellement combiné avec d'autres facteurs de risque (article 9, § 1^{er}, c)²⁶⁵.

La Commission « internement » avait, dans ses recommandations, formulé la condition de dangerosité comme étant « le risque de rechute ». Cette formulation n'a toutefois pas été retenue dans la loi du 21 avril 2007 car, comme le précise l'exposé des motifs²⁶⁶, une telle formulation pourrait ne viser que « la rechute dans le trouble mental » alors que l'objectif de la loi était de lutter contre la récidive. Il a donc été opté, dans la loi du 21 avril 2007, pour la définition suivante de la dangerosité : l'existence d'un danger que la personne commette de nouvelles infractions en raison de son trouble mental. La loi du 5 mai 2014, dans sa version originaire, a ensuite complété cette condition en visant le danger que la personne commette de nouvelles infractions en raison de son trouble mental, éventuellement combiné avec d'autres facteurs de risque. Cet ajout permet de prendre en compte, dans l'appréciation du risque de récidive, une dépendance à l'alcool ou aux stupéfiants, les carences de la sphère familiale, affective, professionnelle et sociale²⁶⁷...

Grâce aux modifications apportées par la loi du 4 mai 2016 à cette condition de dangerosité, le risque de récidive peut être examiné exclusivement vis-à-vis d'infractions d'une certaine gravité qui portent atteinte à ou menacent l'intégrité physique ou psychique de tiers. Il est à cet égard cohérent de faire correspondre les critères d'appré-

²⁵⁴ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, op. cit., p. 1195.

²⁵⁵ Pol. Charleroi, 11 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1412.

²⁵⁶ Corr. Bruxelles (90^e ch.), 5 octobre 2017, BR.30.LL146238-14, inédit.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 4, *La peine*, op. cit., p. 1215.

²⁵⁹ K. HANOULLE, *Internement en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., p. 167.

²⁶⁰ Cass., 26 février 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 181 ; Cass., 8 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 260 ; Cass., 11 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 53 ; Cass., 11 mars 1987, *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 703 ; Mons, 28 mai 2015, *J.L.M.B.*, 2017, p. 663.

²⁶¹ Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Chr. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op. cit., p. 436 ; Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., op. cit., p. 311 ; D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 116 ; L. DUPONT, R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, op. cit., p. 272, n° 478.

²⁶² Voy. la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. L'article 2 de de cette loi dispose que « la mise en observation ou le maintien, à titre de mesures de protection, ne peuvent être ordonnés à l'égard d'un malade mental qu'à défaut de tout autre traitement approprié et que si son état le requiert parce qu'il met gravement en péril sa santé et sa sécurité ou parce qu'il constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui ».

²⁶³ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 37.

²⁶⁴ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pouri III »*, op. cit., p. 29. Sur la condition de dangerosité et son contenu, sous l'empire de la loi de défense sociale, voy. A. DE NAUW, « L'internement et la partie civile à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1983 », op. cit., pp. 444-461. L'auteur expose que la dangerosité peut être constituée par l'éventualité d'une récidive et d'une perpétration de nouveaux délits. Il ajoute qu'elle peut aussi résulter de l'infraction commise et de l'état mental de l'inculpé.

²⁶⁵ Voy. K. HANOULLE, *Internement en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., pp. 203-212.

²⁶⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.* Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/001, p. 8.

²⁶⁷ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 1: de gerechtelijke fase », op. cit., p. 1058. Pour une illustration, voy. Corr. Bruxelles (54^e ch.), 20 juin 2018, BR.11.13.13585/14, inédit.

ciation de la condition de dangerosité avec ceux se rapportant à la première condition de l'internement (avoir commis un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers).

En outre, un lien causal est requis entre le trouble mental dont la personne est atteinte et le risque de récidive. Le législateur n'a cependant pas exclu que d'autres facteurs de risque puissent venir se combiner au trouble mental pour créer le danger de récidive.

Deux arrêts méritent d'être cités car ils ont tous deux écarté la mesure d'internement en raison de l'absence de dangerosité de l'intéressé. Dans un arrêt du 16 février 2018²⁶⁸, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles a réformé une ordonnance d'internement rendue par la chambre du conseil. Elle a estimé que « rien ne laisse à supposer que l'inculpé présenterait un risque accru qu'il commette de nouvelles infractions pouvant porter atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers ». Un arrêt de non-lieu a dès lors été rendu en application de l'article 71 du Code pénal (l'inculpé ayant été reconnu « aboli » au moment des faits). Un autre arrêt, rendu le 27 juin 2018 par la 14^{ème} chambre de la cour d'appel de Bruxelles²⁶⁹, a réformé le jugement dont appel qui avait ordonné l'internement. La cour d'appel a considéré, sur la base des rapports d'expertise psychiatrique, « que le prévenu ne constitue pas un danger social particulier et qu'il est peu probable qu'il commette de nouvelles infractions du fait du trouble mental dont il souffre ». La cour d'appel a acquitté le prévenu sur pied de l'article 71 ancien du Code pénal.

Certains experts psychiatres ont tendance à conclure à l'absence de dangerosité lorsque l'intéressé se soumet à un suivi psychiatrique strict et régulier. Ce point de vue n'est pas nécessairement partagé par les juges, comme en témoigne un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles²⁷⁰ qui s'est écarté de l'avis de l'expert psychiatre, considérant que la dangerosité était toujours présente lorsque les conditions de vie du prévenu (et notamment ses assuétudes chroniques aux psychotropes, à l'alcool...) ne garantissaient pas le suivi psychiatrique (en l'espèce, l'intéressé n'avait jamais connu d'encadrement médico-psychiatrique hors détention).

Dans un arrêt du 11 octobre 2017²⁷¹, la Cour de cassation a rappelé que le juge dispose d'une appréciation souveraine et n'est pas tenu par les conclusions d'un rapport d'expertise²⁷². Dans l'affaire soumise à la censure de la Cour de cassation, les juges d'appel avaient ordonné un internement. Nonobstant l'avis contraire de l'expert en ce qui concerne l'existence du risque de récidive, ce dernier a été déduit d'autres éléments du dossier. Les juges d'appel ont ainsi considéré qu'il existait un risque sérieux que l'intéressé, s'il n'était pas interné, commette de nouveaux faits de même nature que ceux pour lesquels il était jugé. Il a été tenu compte de l'état mental de l'intéressé, de son assuétude à l'alcool, de sa situation administrative précaire et de la circonstance

²⁶⁸ Bruxelles (ch. mis. acc.), 16 février 2018, inédit.

²⁶⁹ Bruxelles (14^e ch.), 27 juin 2018, BR. 43.99.2218/11, inédit.

²⁷⁰ Corr. Bruxelles (53^e ch.), 26 novembre 2012, 11.L2.38214-09, inédit.

²⁷¹ Cass., 11 octobre 2017, P.17.0784.F, www.cass.be.

²⁷² Voy. aussi Bruxelles (ch. mis. acc.), 6 février 2018, inédit : la cour d'appel s'est écartée de l'opinion d'un médecin psychiatre selon laquelle l'état de l'inculpée ne constituerait pas un danger social particulier. Selon la cour, cette opinion est contredite par la condamnation antérieure (du chef de tentative de meurtre) de l'inculpée ainsi que par la nature des faits établis dans son chef et par la durée de la période infractionnelle, dont il ressort que sur une période de moins de six ans, l'inculpée a, à trois reprises, tenté d'ôter la vie de trois personnes différentes.

qu'à deux reprises, il avait mis le feu à des meubles respectivement situés dans une chambre d'hôpital et dans une cellule.

4. Une expertise psychiatrique médico-légale préalable

Alors que, sous l'empire de la loi de défense sociale, la réalisation d'une expertise psychiatrique était laissée à l'appréciation du juge, la loi du 5 mai 2014 l'a rendue obligatoire avant toute décision d'internement. L'ajout de cette nouvelle condition, érigée en préalable à la décision ordonnant l'internement, était au demeurant conforme à ce qu'avait prévu la loi du 21 avril 2007. Un chapitre entier de la loi du 5 mai 2014, composé des articles 5 à 8, est consacré à l'expertise (le chapitre premier du titre III se rapportant à la phase judiciaire de l'internement). Par rapport à la loi du 21 avril 2007, de nombreux aménagements ont été insérés concernant l'expertise psychiatrique. La loi du 4 mai 2016 a également apporté quelques améliorations²⁷³.

Les débats relatifs à l'internement ne peuvent avoir lieu devant le juge qu'après que l'expert psychiatre a déposé son rapport.

L'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2016 a rappelé qu'il s'agit d'un moment essentiel dans la procédure d'internement, cette expertise devant renseigner le juge et lui permettre de prendre la décision la plus appropriée²⁷⁴.

L'ajout d'une nouvelle condition à l'internement et l'instauration de règles précises relatives à l'expertise psychiatrique constituent également une avancée de la loi du 5 mai 2014. Le législateur a défini la mission de l'expert et a imposé des exigences particulières liées à la qualité de l'expertise (notamment des critères destinés à garantir la compétence de l'expert). Il a aussi rendu cette expertise contradictoire.

En outre, le législateur a prévu que le procureur du Roi pouvait, lui aussi, ordonner une expertise psychiatrique, faculté d'ordinaire réservée aux juridictions d'instruction et de jugement et au juge d'instruction.

Il peut être fait référence à une étude empirique menée à l'Université Saint-Louis en 2008-2009, qui s'est penchée sur la problématique centrale du statut de l'expertise psychiatrique et des rapports qui se nouent entre juges et psychiatres²⁷⁵. Les résultats de cette étude ont permis de mettre en évidence toute une série de lacunes de l'expertise psychiatrique qui pouvaient être observées sur le terrain. Vu l'impact important de l'expertise dans la prise de la décision du juge, nous pouvons nous réjouir que la loi du 5 mai 2014 encadre à présent de façon précise et complète l'expertise psychiatrique, ce qui est de nature à renforcer la qualité de cette expertise et les garanties procédurales de l'interné. Certains écueils subsistent néanmoins. Nous aurons l'occasion de les présenter dans les développements qui suivent.

²⁷³ K. HANOULLE, « Het forensisch psychiatrisch deskundigenonderzoek en de nieuwe Interneringswet », *Panopticon*, 2017, pp. 201-206.

²⁷⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 97 ; É. JACQUES, « Le droit du justiciable dans le cadre de la loi sur l'internement (y compris la loi "pot-pourri III") », *op. cit.*, p. 362 ; F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », *op. cit.*, p. 95.

²⁷⁵ Y. CARTUYVELS, B. CHAMPETIER et A. WYVEKENS, *Soigner ou punir ? Une approche critique de la défense sociale en Belgique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2010, pp. 41-105.

a) *Les instances habilitées à ordonner une expertise psychiatrique*

Si, d'ordinaire, seules les juridictions d'instruction et de jugement, de même que le juge d'instruction sont habilités à désigner un expert judiciaire, la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, en son article 5, a étendu cette compétence au procureur du Roi²⁷⁶ s'agissant d'une expertise psychiatrique lorsqu'il y a des raisons de considérer qu'une personne se trouve dans un état mental pouvant donner lieu à l'internement.

Par ailleurs, le rétrécissement du champ d'application matériel de l'internement peut également présenter un impact sur le recours à l'expertise psychiatrique. D'aucuns font en effet observer que si les faits commis sont en dessous du seuil de gravité exigé pour l'internement, le parquet pourrait citer l'intéressé devant le tribunal sans avoir ordonné, au préalable, une expertise psychiatrique²⁷⁷. Une telle situation pourrait entraver le droit aux soins de personnes souffrant de graves troubles mentaux. Il nous semble en tout cas souhaitable que les juridictions, lorsqu'elles sont appelées à statuer, puissent ordonner la réalisation d'une expertise psychiatrique afin de ne pas condamner à une peine une personne qui pourrait relever de l'article 71 du Code pénal²⁷⁸.

b) *La mission de l'expert*

La mission de l'expert a été précisée à l'article 5, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 2014. Elle consiste à éclairer le juge à tout le moins sur les éléments suivants :

- l'existence, au moment des faits, d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes de la personne, et l'existence, au moment de l'expertise, d'un tel trouble ;
- l'existence d'une possibilité de lien causal entre le trouble mental et les faits ;
- le risque que la personne, du fait du trouble mental, éventuellement conjugué à d'autres facteurs de risque, risque de commettre de nouvelles infractions portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers ;
- la possibilité, le cas échéant, que la personne puisse être traitée, suivie, soignée et de quelle manière en vue de sa réinsertion dans la société.

Pour les personnes poursuivies du chef de voyeurisme, d'attentat à la pudeur, de viol, de corruption de la jeunesse, de prostitution ou d'outrage aux bonnes mœurs, commis sur des mineurs ou avec leur participation, l'expert est en outre invité à se prononcer sur la nécessité de leur imposer une guidance ou un traitement spécialisé.

²⁷⁶ La loi du 21 avril 2007 ne prévoyait pas que le procureur du Roi pouvait ordonner une expertise psychiatrique. La loi du 5 mai 2014 a réparé cet oubli de façon à se conformer à la pratique actuelle (Proposition de loi du 21 février 2013 relative à l'internement des personnes. Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2001/1, p. 17).

²⁷⁷ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 3: de reparatie », *R.W.*, 2017, p. 607 ; M. DE CLERCQ, F. VANDER LAENEN, « Psychiatrische expertises bij internering: de waarborgen in de nieuwe interneringswet zijn welgekomen », *Panopticon*, 2017, p. 257.

²⁷⁸ Nous avons vu précédemment que l'expertise psychiatrique n'est pas obligatoire lorsque le juge statue dans le cadre de l'article 71 du Code pénal.

En éclairant le magistrat sur ces différents éléments, l'expert psychiatre l'aide à prendre la décision la plus adéquate²⁷⁹. Même si de nombreux magistrats y avaient déjà recours avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation²⁸⁰, c'est une réelle avancée d'avoir imposé la réalisation d'une expertise psychiatrique avant toute décision d'internement.

Par ailleurs, rappelons que les conclusions de l'expert ne lient pas le juge qui apprécie souverainement l'état mental de l'intéressé²⁸¹ et l'opportunité de prononcer une mesure d'internement au regard de l'ensemble des conditions légales requises²⁸².

En outre, comme pour toute expertise, il est essentiel que l'expert n'outrepasse pas la mission qui lui a été confiée. Il ne peut en aucun cas donner un avis sur l'imputabilité des faits à un inculpé²⁸³. Il s'agit en effet d'une tâche qui revient exclusivement au juge et que ce dernier ne peut déléguer à l'expert.

La loi du 4 mai 2016 a amélioré la formulation de la première question posée à l'expert psychiatre afin de préciser qu'il doit s'exprimer sur l'état mental (abolition ou altération grave) à deux moments, le moment des faits et le moment de l'expertise²⁸⁴. L'expert sera interrogé sur l'existence, à chacun de ces moments, d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré la capacité de discernement ou de contrôle de ses actes. Cette réponse nuancée de l'expert à des questions formulées lorsqu'une mesure d'internement est envisagée, pourra également aider le juge à se prononcer sur l'application ou non de l'article 71 du Code pénal dans le cas où il ne prononcerait pas l'internement. En effet, s'il s'avère que la personne était « gravement altérée » mais « non abolie » au moment des faits, le juge pourra retenir sa responsabilité pénale.

Dans ce sens, le Collège des procureurs généraux a donné comme directive de subdviser la première question posée à l'expert comme suit :

- *Au moment des faits*, la personne concernée était-elle atteinte d'un trouble mental qui a *aboli* sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ?
- *Au moment des faits*, la personne concernée était-elle atteinte d'un trouble mental qui a *altéré* gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes ?

²⁷⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2841/001, p. 8.

²⁸⁰ M. DE CLERCQ, F. VANDER LAENEN, « Psychiatrische expertises bij internering: de waarborgen in de nieuwe interneringswet zijn welgekomen », *Panopticon*, 2017, p. 257 ; K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, *op. cit.*, p. 220.

²⁸¹ Dans un arrêt du 20 juin 2018 (Bruxelles (ch. mis. acc.), 20 juin 2018, inédit), alors que l'expert psychiatre avait estimé que l'inculpé était atteint, au moment des faits et au moment de l'expertise, d'un trouble mental qui a gravement altéré sa capacité de discernement et le contrôle de ses actes, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, pour sa part et sans autres explications, a retenu un trouble mental ayant aboli, et non simplement gravement altéré, ses facultés mentales. Même si l'arrêt ne contient pas de motivation particulière à cet égard, la solution qu'il adopte (l'abolition des facultés mentales et le non-lieu pour l'une des préventions) est en faveur de l'inculpé.

²⁸² Cass., 15 septembre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 523.

²⁸³ N. COLETTE-BASECOZ, « Le juge pénal et l'expert "psy" : histoires d'un vieux couple », in Fr. DIGNEFIE et Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck & Larrier, 2006, p. 106.

²⁸⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 97 ; H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 3: de reparatie », *op. cit.*, p. 605.

– *Au moment de l'expertise*, la personne concernée était-elle atteinte d'un trouble mental qui a *aboli ou gravement altéré* sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes²⁸⁵ ?

Quant à la catégorisation du trouble mental selon les critères de la loi du 5 mai 2014, il s'agit d'une tâche qui n'est pas toujours aisée pour l'expert²⁸⁶. Comme le relève Jacques Matthijs, « nombreux sont en effet, en psychiatrie criminelle, les cas limites dont la symptomatologie est souvent imprécise et diffère dans une large mesure avec les symptômes cliniques des psychoses classiques et des cas de démence ; des difficultés de diagnostic et d'interprétation subsistent entraînant par conséquent des appréciations médico-légales divergentes »²⁸⁷.

La deuxième question posée à l'expert, portant sur une possibilité de lien causal entre le trouble mental et les faits, peut parfois donner lieu à des réponses surprenantes de la part de l'expert psychiatre. Un avocat²⁸⁸ a fait état d'un dossier dans lequel l'expert concluait, sans autre forme d'explication, que « le lien entre le trouble mental et les faits n'est pas patent », non sans avoir, au préalable, constaté que l'inculpé était au moment des faits, atteint d'un trouble mental qui a *aboli ou gravement altéré* sa capacité de discernement et de contrôle de ses actes et qu'il est toujours dans cet état actuellement. L'avocat avait fait observer à l'expert que cette conclusion paraît être en contradiction avec la précédente par laquelle l'expert avait estimé que le trouble mental de son client le rendait incapable de contrôler ses actions et donc, par voie de conséquence, les actions qui ont mené à la commission des faits qui lui sont actuellement reprochés. L'avocat avait mis en avant que son client présentait des difficultés à discerner les gestes appropriés de ceux qui sont inappropriés ou de nature criminelle ainsi que des déficits dans les compétences interpersonnelles, laissant à penser qu'il n'avait pas pris conscience de l'inadéquation de son comportement et encore moins de son caractère répréhensible. L'expert avait répondu que, selon lui, il n'y avait pas de lien causal « obligatoire », alors que, selon les termes de la loi, l'expert est invité à éclairer le juge sur l'existence d'une possibilité de lien causal entre le trouble mental et les faits.

Notons par ailleurs que la possibilité d'un lien causal entre le trouble mental et les faits infractionnels n'est pas une condition requise pour ordonner l'internement²⁸⁹.

La troisième question posée à l'expert psychiatre porte sur le risque que la personne, du fait du trouble mental, éventuellement conjugué à d'autres facteurs de risque, risque de commettre de nouvelles infractions portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers²⁹⁰. Cette question de la dangerosité s'avère particulièrement délicate²⁹¹, d'autant que l'expert ne dispose souvent que d'un temps limité à

consacrer à l'expertise. L'expert ne dispose pas non plus de boule de cristal. Il a été fait observer qu'il était difficile, d'un point de vue clinique, de se prononcer avec certitude sur la dangerosité²⁹². Un neuropsychiatre a fait observer, à propos de la prédiction du risque de récidive, « une responsabilisation extraordinaire du psychiatre sur des phénomènes qui lui échappent en tant que médecin »²⁹³. Nous avons indiqué que certains experts ont tendance à conclure à l'absence de dangerosité lorsque l'intéressé se soumet à un suivi psychiatrique strict et régulier, avis qui n'est pas nécessairement partagé par le juge.

La quatrième question posée à l'expert portant sur la possibilité, le cas échéant, que la personne puisse être traitée, suivie, soignée et de quelle manière en vue de sa réinsertion dans la société, pourrait aider à poser les premiers jalons d'un traitement dans le cadre du colloque singulier entre le malade et le psychiatre²⁹⁴. Rappelons toutefois que l'expert psychiatre n'intervient pas ici en tant que thérapeute. Il n'a pas à soigner ou traiter un patient. Son rôle est de répondre aux questions figurant dans le libellé de la mission qui lui a été confiée. Cela étant, eu égard aux finalités poursuivies par la mesure d'internement et à la spécificité de l'expertise psychiatrique, il sera intéressant de pouvoir mettre en place aussitôt que possible le traitement le plus adéquat dans une perspective thérapeutique²⁹⁵.

Comme d'aucuns l'ont souligné, « La mission de l'expert ainsi définie n'a pas pour seule finalité l'internement mais peut également éclairer le juge, le cas échéant, quant à l'application de l'article 71 du Code pénal (cause de non-imputabilité) ou quant à l'opportunité de mesures probatoires éventuelles. Cette expertise peut également constituer un élément important pour les autorités appelées à statuer ultérieurement dans le cadre de l'exécution de l'internement ou de la peine »²⁹⁶. Dans une cause ayant donné lieu à une décision d'internement, l'expert a préconisé un placement dans une structure permettant de travailler l'autonomie de l'intéressé ainsi que son handicap et de stabiliser sa maladie mentale²⁹⁷.

c) La formation de l'expert

Comme nous l'avons indiqué, le législateur a veillé tout particulièrement à la qualité de cette expertise psychiatrique médico-légale. Aux termes de l'article 5, § 2, de la loi du 5 mai 2014, elle doit être réalisée sous la conduite et la responsabilité d'un expert, porteur d'un titre professionnel de psychiatre médico-légal, qui satisfait aux conditions fixées en vertu de la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé.

²⁸⁵ En ce sens, voy. la Circulaire n° 1/2018 du Collège des procureurs généraux relative à la nouvelle loi sur l'internement, FR COL 1 2018, p. 13 (voy. Annexe I de ce dossier).

²⁸⁶ Notons que l'approche descriptive fondée sur le DSM (« Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders ») donne lieu à de sérieuses critiques (voy. Y. CARTUYVELS, « Transformations dans la santé mentale : entre la science et le sujet », *Criminologie*, 2015, pp. 23-31).

²⁸⁷ J. MATTHIJS, « La loi de défense sociale à l'égard des anormaux », *Rev. dr. pén. crim.*, 1964-1965, p. 411.

²⁸⁸ Propos provenant d'un entretien avec Maître Fanny Vansiliette.

²⁸⁹ K. HANOUÏLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., p. 293.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 294.

²⁹¹ E. LANGENAKEN, « La responsabilité du psychiatre. Piste de réflexion à l'issue du procès de Geneviève Lhermitte », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2009, p. 570.

²⁹² *Ibid.* Des événements rares, tels des meurtres, sont envisagés comme extrêmement difficiles à prédire (Ph. BOXHO, « La loi de protection du malade mental du 26 juin 1990. Présentation et jurisprudence », *J.J.P.*, 1999, p. 425 ; Ph. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *R.T.D.H.*, 2003, p. 21).

²⁹³ Ph. HENNAUX, « La peur comme guide », in I. BRANDON et Y. CARTUYVELS (dir.), *Judiciaire et thérapeutique : quelles articulations ?*, Bruxelles, la Chartre, 2004, p. 95.

²⁹⁴ N. COLETTE-BASECOZ, « Le juge pénal et l'expert "psy" : histoires d'un vieux couple », op. cit., pp. 107-108.

²⁹⁵ J. DU JARDIN, « Structuration nouvelle de l'expertise mentale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1971, p. 668.

²⁹⁶ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., op. cit., p. 779 ; K. HANOUÏLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., pp. 294-295.

²⁹⁷ Corr. Bruxelles (54^e ch.), 20 juin 2018, BR11.L3.13585/14, inédit.

L'expertise peut également être réalisée en collège ou avec l'assistance d'autres spécialistes en sciences comportementales, mais toujours sous la conduite de l'expert précité.

Les critères spéciaux d'agrément des médecins porteurs du titre professionnel particulier en psychiatrie médico-légale ont été fixés par l'arrêté ministériel du 28 octobre 2015, entré en vigueur le 1^{er} avril 2016²⁹⁸.

L'expert rédige, à partir de ses constatations, un rapport circonstancié, conformément aux modèles fixés par le Roi²⁹⁹.

L'instance requérante a toujours la possibilité, si elle l'estime nécessaire, de demander une actualisation de l'expertise³⁰⁰.

Par ailleurs, la réglementation applicable aux experts judiciaires³⁰¹ trouve également à s'appliquer à l'expertise psychiatrique réalisée dans le cadre de la loi relative à l'internement. Depuis le 1^{er} décembre 2016, seules les personnes enregistrées au registre national des experts judiciaires³⁰² sont autorisées à porter ce titre et peuvent accepter et accomplir des missions en tant qu'expert judiciaire³⁰³. Une période transitoire de cinq ans³⁰⁴ a cependant été prévue afin de permettre à ceux qui pratiquent déjà l'expertise de s'enregistrer dans le registre national provisoire avant de s'enregistrer dans le registre définitif.

La loi du 4 mai 2016³⁰⁵ a supprimé la cellule « surveillance étendue de la qualité » qui était prévue dans la version originale de la loi du 5 mai 2014 et qui était chargée de surveiller la qualité des expertises. D'aucuns ont avancé, à raison selon nous, que cette disposition violait la séparation des pouvoirs, le secret de l'instruction ainsi que l'indépendance des experts judiciaires³⁰⁶. Par ailleurs, les dispositions relatives à la formation de l'expert psychiatre et celles, plus générales, se rapportant au registre national des experts judiciaires, tendent précisément à garantir la qualité de l'expertise psychiatrique médico-légale.

²⁹⁸ Voy. l'arrêté ministériel du 28 octobre 2015 fixant les critères spéciaux d'agrément des médecins spécialistes porteurs du titre professionnel particulier en psychiatrie médico-légale, ainsi que des maîtres de stage et des services de stage, *M.B.*, 10 novembre 2015.

²⁹⁹ À ce jour, ces modèles n'ont toutefois pas encore été arrêtés.

³⁰⁰ Art. 5, § 3, al. 2, de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

³⁰¹ D. MOUGENOT, « Le statut et la déontologie des experts judiciaires, revus à la lumière de la loi créant le registre des experts », in G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, C.U.P., vol. 175, Liège, Anthémis, 2017, pp. 7-51.

³⁰² Loi du 10 avril 2014 modifiant diverses dispositions en vue d'établir un registre national des experts judiciaires et établissant un registre national des traducteurs, interprètes et traducteurs-interprètes jurés, *M.B.*, 19 décembre 2014. Voy. aussi les modifications apportées par la loi du 19 avril 2017 modifiant le Code d'instruction criminelle, le Code judiciaire et la loi du 10 avril 2014 modifiant diverses dispositions en vue d'établir un registre national des experts judiciaires et établissant un registre national des traducteurs, interprètes et traducteurs-interprètes jurés (*M.B.*, 31 mai 2017) et par la loi du 8 juin 2017 concernant la coordination de l'expertise et l'accélération de la procédure relative à certaines formes de responsabilité sans faute (*M.B.*, 21 juin 2017).

³⁰³ Art. 991ter du Code judiciaire tel que complété par la loi du 19 avril 2017. Les autorités judiciaires sont en principe tenues de désigner l'expert parmi les personnes enregistrées dans le registre national des experts judiciaires. Plusieurs exceptions ont toutefois été prévues à l'article 991decies du Code judiciaire.

³⁰⁴ La fin de la période transitoire est prévue pour le 1^{er} décembre 2021, date à laquelle les inscriptions provisoires expirent et où il restera uniquement les inscriptions dans le registre définitif.

³⁰⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, pp. 98-99.

³⁰⁶ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 3: de reparatie », *op. cit.*, p. 605.

Toutes ces nouvelles dispositions améliorant la qualité de l'expertise psychiatrique permettent aussi de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 2 février 2016³⁰⁷, la Cour européenne a rappelé, en ce qui concerne la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux, qu'un individu ne peut passer pour « aliéné » et subir une privation de liberté que si les trois conditions suivantes au moins se trouvent réunies : son aliénation doit avoir été établie de manière probante ; le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement ; l'internement ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble.

À ce propos, aucune privation de liberté d'une personne considérée comme aliénée ne peut être jugée conforme à l'article 5 si elle a été décidée sans que l'on ait demandé l'avis d'un médecin expert. Concernant les qualifications du médecin expert, la Cour considère en général que les autorités nationales sont mieux placées qu'elle pour les apprécier.

d) Les honoraires de l'expert

La loi du 5 mai 2014, en son article 5, § 5, énonce que l'expert perçoit des honoraires, fixés conformément au tarif fixé pour le traitement psychothérapeutique d'un psychiatre accrédité dans la nomenclature des prestations de santé, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le législateur a ainsi remédié au problème, ancien et récurrent, de la faible rémunération versée aux experts désignés par des instances pénales.

e) Une expertise contradictoire

L'expertise psychiatrique médico-légale revêt, en vertu de la loi du 5 mai 2014, un véritable caractère contradictoire. Cette avancée³⁰⁸ permet également de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁰⁹.

L'article 7 reconnaît le droit, pour la personne expertisée, de se faire assister, à tout moment, par un médecin de son choix et par un avocat. Relevons que, dans sa version originale, la loi du 5 mai 2014 prévoyait la possibilité de se faire assister par une personne de confiance, sans spécifier sa qualité, ou par un avocat. La loi du 4 mai 2016 a aussi modifié d'autres dispositions de la loi du 5 mai 2014 concernant l'expertise.

³⁰⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Van Zandbergen c. Belgique*, 2 février 2016, www.echr.coe.int. La Cour a conclu, par quatre voix contre trois, à l'absence de violation de l'article 5, § 1^{er}, de la Convention alors que le requérant, détenu depuis près de vingt-trois ans dans l'aile psychiatrique d'une prison, n'avait plus fait l'objet d'une expertise psychiatrique circonstanciée depuis plus de dix ans. La Cour a estimé qu'il n'y a pas d'indication que les autorités compétentes n'avaient pas à leur disposition des éléments suffisants pour décider de la prolongation de la détention du requérant.

³⁰⁸ D'aucuns dénonçaient, à juste titre, l'absence de contradiction de l'expertise psychiatrique ordonnée avant une décision d'internement (voy. not. M. KORN, *Les psychiatres experts en justice pénale. Guide méthodologique et pratique*, Liège, Éditions de l'Université de Liège, 2001, pp. 31-32).

³⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Cottin c. Belgique*, 2 juin 2005, *J.T.*, 2005, p. 519 et *R.A.B.G.*, 2005, p. 1484, note F. VAN VOLSEM, « Het deskundigenonderzoek m.b.t. de gegrondheid van de strafvordering: slechts dan niet tegensprekelijk als het echt niet anders kan? ».

Notons que le système de l'assistance judiciaire ne permet pas de bénéficier gratuitement de l'assistance d'un psychiatre, à la différence de l'avocat qui peut, quant à lui, intervenir *pro deo* dans le cadre de l'aide juridique³¹⁰.

Ce droit de se faire assister, à tout moment par un médecin de son choix et par un avocat rencontre à la fois les exigences résultant de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient³¹¹ et celles de la loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 21 novembre 2016 relative à certains droits des personnes soumises à un interrogatoire (dite « Salduz bis »)³¹². Cette garantie procédurale est essentielle dans une expertise visant à déterminer un état mental dans un cadre pénal pouvant conduire à une mesure d'internement.

L'assistance du médecin, aux côtés de l'inculpé ou du prévenu, permet aussi de veiller à ce que ce dernier ne livre pas des confidences qu'il penserait, erronément, être couvertes par le secret professionnel³¹³.

La personne expertisée peut également communiquer par écrit à l'expert psychiatre toutes les informations utiles pour l'expertise que lui fournit le prestataire de soins de son choix (il peut s'agir d'un médecin, d'un psychologue ou d'un autre thérapeute). Ce prestataire de soins est informé des finalités de l'expertise psychiatrique. L'expert est tenu de se prononcer sur ces informations avant de formuler ses conclusions et de les joindre à son rapport³¹⁴.

La loi du 4 mai 2016 a supprimé l'obligation pour l'expert de recueillir tous les renseignements utiles auprès du médecin traitant et, le cas échéant, auprès des autres ou précédents dispensateurs de soins psychiatriques. Une telle obligation était en porte-à-faux avec la loi relative aux droits du patient et le Code de déontologie médicale. Comme l'indique l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2016³¹⁵, la disposition abrogée risquait erronément de faire penser que ces informations pouvaient être recueillies sans le consentement préalable du patient, ce qui est manifestement contraire à la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et aux règles relatives au secret professionnel³¹⁶. Rappelons aussi que le Code de déontologie médicale, en son article 62, dispose que la communication d'un diagnostic ou de renseignements médicaux peut se faire dans les limites strictes absolument indispensables au médecin chargé d'une mission d'expertise judiciaire lorsque la communication est limitée aux données objectives médicales en relation directe avec le but précis de l'expertise, et que le patient a donné son accord.

³¹⁰ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pouri III », op. cit.*, p. 34.

³¹¹ Voy. G. SCHAMPS, « L'application des droits du patient aux détenus et aux malades mentaux », in Fr. DIGNEFIE et Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, pp. 147-158.

³¹² Cette loi est venue compléter la loi du 13 août 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté (dite « loi Salduz »).

³¹³ M. DE CLERCQ, F. VANDER LAENEN, « Psychiatrische expertises bij internering: de waarborgen in de nieuwe interneringswet zijn welgekomen », *Panopticon*, 2017, p. 260.

³¹⁴ Art. 7 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement.

³¹⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 98.

³¹⁶ B. DE SMET, « Tegenspraak in het psychiatrisch onderzoek », *R.W.*, 2016-2017, p. 42 ; F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, p. 263.

Par ailleurs, la loi du 5 mai 2014, dans sa version initiale, ajoutait que la concertation devait se dérouler conformément au cadre déontologique applicable. Cet ajout, jugé superfétatoire, a été, lui aussi, logiquement supprimé car, comme l'a rappelé l'exposé des motifs de la loi du 4 mai 2016, « le professionnalisme de l'expert veut en outre que celui-ci, en tenant compte du cadre légal et déontologique, mène son expertise de manière complète »³¹⁷.

À la fin de ses travaux, l'expert transmet ses constatations, auxquelles il joint déjà un avis provisoire, à l'avocat de l'inculpé et au ministère public. À moins qu'un délai n'ait été antérieurement déterminé par le juge, l'expert fixe un délai d'au moins quinze jours, dans lequel l'avocat de l'inculpé doit formuler ses observations. Le rapport final est daté. Il contient le relevé des documents et des notes remis par l'avocat de l'inculpé aux experts ainsi que les remarques y afférentes. Le jour du dépôt du rapport, l'expert envoie, par lettre recommandée à la poste ou par courriel, une copie du rapport à l'avocat de la personne examinée. Le rapport de l'expert n'est valide que s'il est signé et que si le serment a été prêté³¹⁸.

Si nous pouvons saluer cette avancée législative qui a rendu l'expertise psychiatrique contradictoire, dans la pratique, ce caractère contradictoire ne paraît pas toujours suffisamment assimilé par les psychiatres, désignés comme experts judiciaires. Un avocat³¹⁹ a relaté avoir adressé à l'expert judiciaire, suite à l'envoi de ses préliminaires, deux rapports d'expertise allant toutes deux en sens contraire des constatations de l'expert judiciaire quant à la responsabilité pénale de son client. Le rapport définitif de l'expert judiciaire ne contiendra toutefois aucune réponse aux points soulevés par les deux autres experts, l'expert judiciaire s'étant contenté de joindre, en annexe de son rapport, les deux rapports d'expertise communiqués par l'avocat.

Heureusement, les cours et tribunaux semblent, quant à eux, se montrer particulièrement vigilants quant au respect du caractère contradictoire de l'expertise. Un arrêt de la chambre des mises en accusation de Bruxelles³²⁰ a ainsi invité l'expert psychiatre à lui transmettre la preuve de l'envoi de ses préliminaires au conseil de l'inculpé et, à défaut de preuve irréfutable, de fixer un nouveau délai permettant à l'inculpé et son avocat de faire part de leurs observations.

Soulignons aussi la nécessité de veiller, lors des différents entretiens, à utiliser un langage adapté à la personne souffrant de troubles mentaux³²¹.

f) La présence de l'avocat au cours de l'expertise psychiatrique

La présence de l'avocat au cours de l'expertise psychiatrique a suscité une certaine polémique dans le milieu médical.

³¹⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 98.

³¹⁸ Art. 8 de la loi du 5 mai 2014.

³¹⁹ Propos provenant d'un entretien avec Maître Fanny Vansillette.

³²⁰ Bruxelles (ch. mis. acc.), 20 mars 2018, arrêt 2018/1042, inédit.

³²¹ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 1: de gerechtelijke fase », *R.W.*, 2015, p. 1059.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins, dans un avis du 6 mai 2017³²², a estimé que la présence de l'avocat à l'expertise psychiatrique entrave l'expertise et est de nature à compromettre l'exercice d'une bonne administration de la justice. Selon lui, lorsque le psychiatre désigné comme expert considère que la présence de tiers compromet la qualité d'une expertise psychiatrique médico-légale, il peut refuser la mission. Une adaptation de l'article 7 de la loi du 5 mai 2014 a en conséquence été demandée, de même qu'un entretien avec la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique.

Ce point de vue est tout à fait critiquable. Il nous paraît que la présence de l'avocat lors de l'expertise psychiatrique constitue une garantie procédurale fondamentale. Comme l'a très justement souligné l'Ordre des barreaux francophones et germanophone³²³ en réaction à la position adoptée par l'Ordre des médecins, la présence d'un avocat s'impose au regard de la directive européenne 2013/48/UE du 22 octobre 2013 car l'expertise psychiatrique médico-légale est une « mesure d'enquête » menée lors d'une procédure pénale³²⁴. Le caractère souvent déterminant de l'expertise pouvant mener ou non à une mesure d'internement est un élément qui justifie d'autant plus la présence de l'avocat.

Il est par ailleurs fréquent qu'un expert psychiatre reproduise entre guillemets, dans son rapport, les propos tenus par l'inculpé ou le prévenu. Or de tels propos, qui sont habituellement recueillis lors d'un entretien, souvent bref, qui se déroule à la prison³²⁵, ne font pas l'objet d'un enregistrement et ne sont pas soumis à relecture par la personne concernée. Il n'est pas à exclure qu'un juge puisse en tenir compte, parmi

³²² Conseil national de l'Ordre des médecins, avis du 6 mai 2017, <https://www.ordomedic.be/fr/avis/conseil/presence-d-un-avocat-lors-d-une-expertise-psychiatrique-medico-legale>. Selon le Conseil national de l'Ordre des médecins, « l'expertise psychiatrique médico-légale a pour objectif un avis psychiatrique impartial, indépendant et motivé, établi par un expert. Un tel examen nécessite l'instauration et le développement d'une relation entre la personne concernée et le médecin afin d'aboutir à un dialogue permettant à cette personne de parler librement. L'anamnèse est très approfondie et comprend des thèmes comme les antécédents psychiatriques et somatiques, l'anamnèse familiale, l'évolution biographique de l'intéressé et son histoire au sujet des faits reprochés. L'expertise psychiatrique médico-légale englobe non seulement ses propos mais aussi sa façon de le dire, ses expressions faciales, son ton, ses mimiques et les autres signaux non verbaux. Le psychiatre essaye de comprendre l'intéressé avec empathie et celui-ci se fait connaître plus intimement sur le plan émotionnel et cognitif grâce à l'approche du psychiatre. Lors de l'examen, ce travail fait apparaître les sentiments de la personne en question et permet de tester ses motivations et ses fonctions cognitives. Le psychiatre recueille des données diagnostiques qui pourront éventuellement être associées aux faits imputés, aussi dans l'intérêt de la personne examinée. Pendant l'examen, celle-ci peut aussi émettre des réflexions autocritiques sur les faits susceptibles d'être mentionnées dans le rapport. La personne examinée peut toujours choisir ce qu'elle communique ou non au psychiatre ».

³²³ Lettre adressée à l'Ordre des médecins et à la ministre des Affaires sociales et de la Santé Maggie De Block par Avocats.be le 23 mai 2017, https://gallery.mailchimp.com/d552fd66716b81b8fb8f922ce/files/0b900050-c7ff-425da21f-8299588b1ccf/23.05.2017_Maggie_De_Block_Ordre_des_medecins.pdf.

³²⁴ Voy. aussi O. NEDERLANDT et D. VANDERMEERSCH, « Deux ans après la loi "Saldur" : inventaire critique de la jurisprudence et des pratiques », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, C.U.P., vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 168 ; K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., p. 265.

³²⁵ Voy. Observatoire International des Prisons, *Notice 2016 pour le droit à la dignité des personnes détenues*, <http://oipbelgique.be/fr/wp-content/uploads/2017/01/Notice-2016.pdf> : « [...] la pratique montre que très peu de psychiatres différents sont désignés par les magistrats. Ainsi, à Bruxelles (arrondissement représentant environ un quart des affaires pénales traitées sur l'ensemble du territoire), la quasi-totalité des expertises psychiatriques est réalisée par moins de cinq psychiatres différents. Ce manque de diversité dans le choix des experts psychiatres est d'autant plus incompréhensible qu'ils sont littéralement débordés par le nombre de demandes qui leur sont adressées. Les experts psychiatres ne sont en conséquence pas en mesure de produire un travail fouillé et scientifique. Ainsi, les experts ne rencontrent, en général, le prévenu qu'à une seule reprise et jugent cette seule visite suffisante pour estimer la présence du déséquilibre mental. Cette visite est fréquemment caractérisée par sa brièveté (parfois à peine 10 minutes). Il convient également de souligner que les prévenus sont en principe informés de la demande d'expertise et attendent parfois fort longtemps la visite de l'expert dans la crainte de "faire une mauvaise impression", sachant que cette "impression" décidera vraisemblablement de leur avenir. Lorsque l'expert se présente – enfin – à la prison, ces prévenus sont dans un état mental peu propice à une expertise sereine ».

d'autres éléments. Une telle situation serait manifestement contraire à l'article 47, § 6, 9) du Code d'instruction criminelle³²⁶, si les propos tenus par l'inculpé ou le prévenu à l'expert psychiatre l'ont été hors présence de son avocat.

Comme d'aucuns l'ont très justement rappelé, « l'expert se voit confier un rôle ambigu dans la mesure où l'inculpé est interrogé par un médecin qui tente de surprendre le fond même de sa personnalité non pas pour le soigner ou le guérir mais pour en rendre compte à l'autorité judiciaire »³²⁷.

L'avocat, par sa présence, peut veiller à la régularité de la procédure et au respect des droits de la défense, déjà fragilisés dans la situation particulièrement vulnérable dans laquelle se trouvent les personnes expertisées susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'internement.

L'avocat pourra rappeler à son client qu'il a le droit au silence, l'apaiser afin qu'il retrouve son calme, l'aider à maîtriser ses émotions et à prendre le temps de s'expliquer... En ce sens, l'avocat est amené à jouer un rôle crucial lors de l'expertise psychiatrique et sa présence apparaît dès lors incontournable au regard des enjeux, à savoir le risque d'un internement « à vie »³²⁸...

Cela étant, Delphine Paci et Martin Aubry regrettent « le manque de formation tant sur les questions médicales que psychiatriques et psychologiques des avocats et des magistrats »³²⁹. Les auteurs soulignent que cette difficulté représente une entrave à l'exercice complet des droits de la défense et à la prise de décision en totale connaissance de cause. Il pourrait être suggéré de mettre en place une formation spécifique comme c'est prévu pour les mineurs.

En outre, le droit à un procès équitable justifierait, selon nous, la présence d'un avocat disposant d'une certaine expérience dans le domaine de la prise en charge des personnes souffrant de troubles mentaux³³⁰.

g) Le refus de l'intéressé de participer à l'expertise

En vertu de son droit au silence, l'inculpé a le droit de ne pas collaborer à la mission d'expertise sans que le juge ne puisse inférer de cette attitude des conclusions négatives³³¹. Il n'en résulte pas, pour autant, qu'une expertise psychiatrique qui serait réalisée sans que l'expert n'ait pu rencontrer ni examiner l'inculpé en raison du refus de ce dernier de se soumettre à l'expertise, devrait nécessairement être écartée par le juge.

³²⁶ Pour rappel, l'article 47, § 6, 9) du Code d'instruction criminelle dispose que : « aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le fondement des déclarations qu'elle a faites en violation des §§ 2, 3, 4 et 5 », à l'exclusion du § 5, en ce qui concerne la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition, ou en violation des articles 2bis, 15bis, 20, § 1^{er}, et 24bis/1 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive en ce qui concerne la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition.

³²⁷ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 549.

³²⁸ D. PACI et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, op. cit., p. 40.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Voy. aussi H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel I: de gerechtelijke fase », op. cit., p. 1059.

³³¹ K. HANOULLE, *Internering en toerekeningsvatbaarheid*, op. cit., p. 259.

La Cour de cassation a été amenée à se pencher sur cette question dans un arrêt du 31 mai 2017³³².

Il s'agissait d'un internement ordonné alors que l'expert psychiatre n'avait pas pu rencontrer l'intéressé, celui-ci refusant de participer à l'expertise³³³. L'une des questions était de savoir si l'on pouvait admettre que les modalités de l'expertise psychiatrique ordonnée en application de la loi du 5 mai 2014 pouvaient méconnaître les règles du Code de déontologie médicale.

Il a été rappelé par le demandeur en cassation que l'article 119 du Code de déontologie médicale prévoit que le médecin expert est soumis aux dispositions du Code de déontologie et qu'il ne peut accepter de mission opposée à l'éthique médicale. L'article 124 dudit Code impose quant à lui aux médecins, lorsqu'ils estiment devoir poser un diagnostic ou émettre un pronostic, de ne conclure que s'ils ont vu et interrogé personnellement le patient, même s'ils ont fait procéder à des examens spécialisés ou ont disposé d'éléments communiqués par d'autres médecins³³⁴.

La Cour de cassation a répondu que même si les règles déontologiques requièrent un examen du patient, elles n'ont pas de force obligatoire (le Code de déontologie n'ayant pas été rendu obligatoire).

La Cour de cassation a indiqué que l'accomplissement préalable de l'expertise psychiatrique médico-légale étant une condition imposée par la loi, le juge est autorisé à envisager l'hypothèse du refus du prévenu de rencontrer l'expert et de se soumettre à l'examen médical qu'il ordonne. Ce faisant, il peut prévoir par exemple que, face à une telle situation, l'homme de l'art devra accomplir sa mission en ayant égard aux éléments, médicaux ou non, reposant au dossier de la procédure.

Nous pensons qu'il n'est pas suffisant que l'expert psychiatre se forge un avis sur la base de la seule lecture du dossier répressif. L'expertise psychiatrique a, en effet, cette particularité d'amener l'expert à explorer la sphère mentale de l'intéressé, ce qui semble difficilement réalisable si l'on se limite à la lecture de procès-verbaux. Par ailleurs, même à admettre que l'expert se base sur le dossier répressif, la question peut aussi se poser du moment où il le consultera. Sachant que l'instruction est amenée à évoluer³³⁵, les informations contenues au dossier répressif sont susceptibles de conduire à une perception totalement différente de celle adoptée lors de la première consultation du dossier.

³³² Cass., 31 mai 2017, note N. COLETTE-BASECOZ, « Le refus de se soumettre à l'expertise psychiatrique et son incidence sur l'internement », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 190.

³³³ Voy. aussi Bruxelles (ch. mis. acc.), 20 juin 2018, inédit. Dans cet arrêt, la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, qui a confirmé l'ordonnance d'internement en ce qui concerne deux préventions et a prononcé le non-lieu pour la troisième, avait retenu une abolition des facultés mentales. L'examen psychiatrique, qui concluait à l'altération des facultés mentales, s'était basé sur les seules déclarations qui se trouvaient dans le dossier de la procédure et sur les pièces du dossier médical saisi, sans rencontre physique entre l'expert et l'inculpé, vu le refus de ce dernier de se soumettre à un examen mental.

³³⁴ Notons par ailleurs qu'un Code de déontologie des experts judiciaires, contenant les différents principes à respecter dans l'accomplissement de leur mission, a été promulgué par un arrêté royal du 25 avril 2017 (arrêté royal du 25 avril 2017 fixant le Code de déontologie des experts judiciaires en application de l'article 991quater, 7°, du Code judiciaire, *M.B.*, 31 mai 2017). Il ne contient toutefois aucune disposition spécifique quant à l'attitude de l'expert face au refus de la personne de se soumettre à l'expertise.

³³⁵ D. PACT et M. AUBRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, op. cit., pp. 34-35.

h) L'actualisation de l'expertise

Comme le précise l'article 5, § 3, al. 2, de la loi du 5 mai 2014, le juge peut toujours, s'il l'estime nécessaire, demander une actualisation de l'expertise.

Le souci de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³³⁶ devrait amener le juge à recourir plus fréquemment à une nouvelle expertise psychiatrique ou à une actualisation de celle-ci dans le but de vérifier l'état mental « actuel » de l'intéressé. Il n'est pas rare en effet que des troubles psychiatriques évoluent de façon considérable tout au long d'une instruction ou d'un procès. Eu égard aux enjeux d'une mesure d'internement, il est essentiel de vérifier la situation dans une période la plus proche possible du jugement.

L'avantage d'une actualisation de l'expertise est de permettre de rencontrer les nouvelles conditions de fond de l'internement (incluant notamment les nouveaux critères d'évaluation de l'état mental) et de veiller au respect du caractère contradictoire de l'expertise³³⁷. Dans la pratique, c'est souvent le même expert qui est désigné pour cette actualisation³³⁸. En voici une illustration avec un arrêt du 19 janvier 2018 de la cour d'appel de Bruxelles³³⁹. En cette cause, le tribunal correctionnel de Bruxelles³⁴⁰ avait estimé que l'actualisation du rapport d'expertise, rédigé par les deux psychiatres désignés, le 5 février 2016, par le juge d'instruction, n'était pas nécessaire dès lors qu'il répondait aux questions énumérées à l'article 5 de la loi relative à l'internement. La cour d'appel, quant à elle, a souhaité être complètement informée quant à l'évolution de la situation mentale de la prévenue et a ordonné, à cette fin, une nouvelle expertise, confiée aux mêmes experts et qui a été réalisée conformément aux dispositions de la nouvelle loi. L'internement, ordonné par le premier juge, a finalement été confirmé par la cour d'appel qui s'est fondée sur le rapport des experts psychiatres, actualisé en 2017. La cour d'appel a considéré, nonobstant l'avis contraire émis dans le cadre de la contre-expertise sollicitée par la défense, que la prévenue qui avait tenté de tuer ses enfants « est, encore aujourd'hui, atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes [...], soit un grave trouble de l'humeur de type mélancolique (épisode dépressif majeur avec caractéristiques mélancoliques) avec des troubles de la pensée de type paranoïaque ».

Dans une autre cause, une actualisation de l'expertise n'a pas été jugée opportune par le tribunal correctionnel de Bruxelles qui, dans un jugement du 4 janvier 2017³⁴¹, a ordonné l'internement en se fondant sur le rapport de l'expert psychiatre rédigé le 31 juillet 2016 (soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2014). Il a été relevé par le tribunal que ce rapport n'était contredit par aucun élément fourni par la défense du prévenu. Le tribunal a estimé que le prévenu était atteint, tant au moment des faits qu'au moment du jugement, d'un « trouble mental qui altère gravement sa capacité

³³⁶ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt Van Zandbergen c. Belgique, 2 février 2016, www.echr.coe.int. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'expertise doit être suffisamment récente pour permettre aux autorités compétentes d'apprécier la condition clinique de la personne concernée.

³³⁷ Liège (ch. mis. acc.), 13 mars 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 215, note F.L. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, admettant les mêmes solutions que celles adoptées par la cour d'appel (Cass., 21 juin 2017, P.17.0343.F, www.cass.be).

³³⁸ F.L., note sous Liège (ch. mis. acc.), 13 mars 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 220.

³³⁹ Bruxelles (54^e ch.), 19 janvier 2018, 2017 CO 623, inédit.

³⁴⁰ Corr. Bruxelles (54^e ch.), 19 avril 2017, BR.30.L3.57334/15, inédit.

³⁴¹ Corr. Bruxelles (54^e ch.), 4 janvier 2017, BR.30.L3.34895/16, inédit.

de contrôle de ses actes » et que toutes les conditions de la loi relative à l'internement étaient remplies. Selon le tribunal, l'expert, bien qu'ayant été saisi de sa mission avant l'entrée en vigueur de cette loi, a répondu aux questions reprises dans l'article 5 de la loi, de telle sorte que l'actualisation de l'expertise ne lui est pas apparue nécessaire. Le jugement indique que, selon le rapport de l'expert, le prévenu était, au moment des faits et au moment de l'expertise, « dans un état grave de déséquilibre mental, tout en excluant à la fois la débilité et l'évolution vers la démence ».

i) *Le caractère non contraignant de l'avis de l'expert*

Il convient de rappeler le principe de la liberté de la preuve en matière pénale³⁴². Aucun moyen de preuve ne s'impose au juge par rapport à un autre³⁴³. Ainsi, le juge peut mais n'est pas tenu de privilégier le rapport de l'expert judiciaire à celui d'un conseil technique d'une des parties (le premier pouvant paraître plus objectif que le second dans la manière dont il est amené à intervenir dans le procès pénal)³⁴⁴.

Par ailleurs, le juge est libre dans son appréciation des moyens de preuve qui lui sont soumis.

Comme l'indique l'article 962 du Code judiciaire, le juge n'est pas tenu de suivre l'avis de l'expert si sa conviction s'y oppose.

L'avis de l'expert ne lie pas le juge, « du moment que ce dernier ne fait pas dire à l'expert ce qu'il ne dit pas et qu'il donne du rapport une interprétation conciliable avec ses termes »³⁴⁵. Le juge ne peut dès lors attribuer à l'expert une opinion qu'il n'a pas émise ou des constatations qu'il n'a pas faites³⁴⁶. Il peut s'écarter de l'avis de l'expert pour autant qu'il motive sa décision sur la base d'autres éléments de preuve issus par exemple du dossier répressif ou de rapports émanant d'autres thérapeutes.

Dans un arrêt du 11 octobre 2017³⁴⁷, la Cour de cassation a rappelé que c'est au juge qu'il revient d'apprécier en fait la valeur probante d'une expertise qui a été soumise à la libre contradiction des parties, sous la réserve qu'il ne peut attribuer à son auteur une opinion qu'il n'a pas émise ou des constatations qu'il n'a pas faites³⁴⁸.

Si le juge pénal est le seul à pouvoir décider d'ordonner un internement, il entretient toutefois une relation particulière avec l'expert psychiatre³⁴⁹. François Ost a proposé trois modèles du juge faisant apparaître chacun un rapport différent avec l'expert :

– Jupiter : le juge applique la loi en « pur juriste », ne se tournant pas vers les savoirs extérieurs ;

– Hercule : le juge accepte d'éclairer sa décision par des éléments et savoirs extérieurs, inspirés notamment par la science. Le discours de l'expert est ici utilisé pour conforter la légitimité de la décision judiciaire ;

– Hermès : le juge privilégie la discussion, dans le respect du principe du contradictoire³⁵⁰.

La loi du 5 mai 2014, en ce qu'elle impose au juge de recourir à l'avis de l'expert, lequel peut avoir un poids prépondérant sur la décision du juge, et qu'elle permet d'établir un véritable dialogue dans le respect des règles du contradictoire, nous semble rentrer dans un modèle mixte Hercule-Hermès.

j) *L'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives à l'expertise psychiatrique*

Nous avons rappelé que la loi du 5 mai 2014 est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Ses dispositions s'appliquent aux affaires en cours mais les actes valablement accomplis sous l'empire de la loi de défense sociale restent valables³⁵¹.

Les expertises psychiatriques réalisées avant le 1^{er} octobre 2016 ne sont donc pas soumises à la nouvelle législation et restent valables³⁵². Le juge a cependant toujours la possibilité, s'il l'estime nécessaire, de demander une actualisation d'une expertise antérieure, conformément à ce que prévoit l'article 5, § 3, al. 2, de la loi.

Par ailleurs, nous avons précédemment indiqué que l'arrêté ministériel du 28 octobre 2015 fixant les critères spéciaux d'agrément des médecins spécialistes porteurs du titre professionnel particulier en psychiatrie médico-légale est entré en vigueur le 1^{er} avril 2016.

L'article 5, § 4, de la loi ajoute que « sans préjudice de la possibilité pour l'instance requérante de faire procéder à une nouvelle expertise conformément aux dispositions de la présente loi, les expertises débutées avant l'entrée en vigueur de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2015 [...] restent valables ».

Cela étant, l'exigence de désigner un expert porteur du titre professionnel de psychiatre médico-légal ne peut actuellement être respectée car l'autorité administrative compétente chargée de l'octroi de l'agrément n'a toujours pas été mise en place à ce jour, du moins en Communauté française³⁵³.

La chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 13 mars 2017³⁵⁴, a considéré que, en raison de l'impossibilité pour l'expert d'obtenir l'agrément, lorsque le juge d'instruction, avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai

³⁴² H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., op. cit., p. 1193.

³⁴³ N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 415.

³⁴⁴ P. MONVILLE et M. GIACOMETTI, « État actuel de la procédure pénale d'expertise », in G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, Commission Université Palais, Liège, Anthemis, vol. 175, 2017, p. 140. Voy. aussi Corr. Bruxelles (ch. cons.), 29 mars 2018, R.G. 2017/024, inédit.

³⁴⁵ P.-L. BOSSON, *Manuel de droit pénal*, Liège, Éditions de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 375.

³⁴⁶ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., op. cit., p. 777.

³⁴⁷ Cass., 11 octobre 2017, P.17.0784.F, www.cass.be.

³⁴⁸ Cass., 22 juillet 2008, R.G. P.08.0965.F.

³⁴⁹ N. COLETTE-BASECOZ, « Le juge pénal et l'expert "psy" : histoires d'un vieux couple », op. cit., p. 105.

³⁵⁰ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURRETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 241-272.

³⁵¹ Liège, 15 janvier 1987, J.L.M.B., 1987, note F. CLOSE. Voy. F. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge*, t. 1, La loi pénale, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 309.

³⁵² Cass., 21 juin 2017, P.17.0343.F, www.cass.be.

³⁵³ Liège (ch. mis. acc.), 13 mars 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 215, note F.L. Dans cette affaire, l'inculpé contestait la régularité de cet examen mental qui aurait, selon lui, affecté la fiabilité de la preuve ainsi que son droit à un procès équitable.

³⁵⁴ Ibid.

2014, a régulièrement désigné un médecin psychiatre en qualité d'expert, la circonstance que l'expertise s'est poursuivie sans que cet expert ne dispose du titre requis par la nouvelle loi, n'est pas de nature à entraîner l'irrégularité de l'expertise³⁵⁵. L'inculpé avait fait valoir que le juge d'instruction aurait pu désigner un expert néerlandophone puisqu'une commission d'agrément a été désignée en Flandre. La chambre des mises en accusation a répondu que cette solution n'est pas réaliste, les faits ayant été commis à Liège par un inculpé parlant le français. Elle a ajouté, à raison selon nous, que « de surcroît, s'agissant d'un examen mental, il est essentiel que l'inculpé et l'expert puissent échanger directement sans l'intervention d'un interprète lequel, en effet, ne pourra pas nécessairement traduire toutes les nuances du discours ».

Dans la note commentant cet arrêt, l'auteur s'interroge sur l'application, dans ce cas, du deuxième critère d'exclusion des preuves irrégulières, que contient l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, à savoir lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve. Qu'en est-il d'une expertise menée par un psychiatre non agréé sur la base des critères destinés à garantir sa compétence ? Tout en relevant que, dans le cas d'espèce, l'expert requis était un psychiatre expérimenté, le commentateur, estime, à raison selon nous, que « c'est la valeur intrinsèque qui est en jeu et cette exigence "concrète" en termes de fiabilité doit primer la contrainte formelle, certes destinée à assurer la fiabilité des devoirs du psychiatre mais qui est provisoirement hors d'atteinte »³⁵⁶. Et l'auteur de conclure : « il est certes regrettable, dans une matière aussi sensible et où, sans doute plus que dans toute autre, les conclusions de l'expert revêtent une importance considérable, que les autorités publiques ne parachèvent pas la tâche qui leur incombe en veillant à adopter en temps utile les mesures d'exécution des nouvelles règles, quand bien même celles-ci ont été décidées par un autre niveau de pouvoir »³⁵⁷.

Relevons d'ailleurs que, dans le cas d'espèce, le juge d'instruction a invité l'expert à actualiser son rapport en tenant compte des critères de fond et de la procédure de la nouvelle loi ainsi que de la transmission, dans l'intervalle, des dossiers médicaux émanant des institutions psychiatriques.

C. La mise en observation

La mise en observation est prévue à l'article 6 de la loi du 5 mai 2014. Même si elle existait déjà dans la loi de défense sociale, elle était pratiquement tombée en désuétude dans les faits³⁵⁸. La loi du 5 mai 2014 relative à l'internement a apporté plusieurs modifications importantes de façon à rendre cette mesure opérationnelle et efficace.

La mise en observation peut être ordonnée par le juge d'instruction, les juridictions d'instruction ou de jugement, à l'égard d'un inculpé détenu préventivement lorsqu'il existe des raisons de croire qu'il se trouve dans un état pouvant donner lieu à une

mesure d'internement. La mesure est donc conditionnée par le placement de l'inculpé en détention préventive.

La durée maximale de la mise en observation a été ramenée de six mois à deux mois. Elle prend fin soit par l'échéance du terme (deux mois), soit par décision anticipative de l'autorité judiciaire qui l'a ordonnée, soit par l'internement de l'inculpé avec incarcération immédiate³⁵⁹, soit par la levée du mandat d'arrêt. Dans les deux premiers cas, l'inculpé réintègre la prison.

La mise en observation permet d'effectuer une expertise psychiatrique médico-légale dans un centre d'observation clinique sécurisé créé par le Roi. Il n'est désormais plus possible que la mise en observation se déroule dans la section psychiatrique d'un établissement pénitentiaire comme c'était initialement prévu dans la loi de défense sociale³⁶⁰. Notons toutefois que la mise en observation ne pourra se réaliser qu'après la création du centre d'observation clinique sécurisé³⁶¹ (au plus tard le 1^{er} janvier 2020)³⁶². En attendant, une expertise ordinaire pourra toujours avoir lieu en prison. Comme le Conseil d'État l'a souligné, « lors de la mise en œuvre de cette mesure, le Roi devra veiller à prévoir un nombre suffisant de places afin que toute personne qui fait l'objet d'une mise en observation puisse être admise dans un tel centre »³⁶³.

D. La condamnation aux frais et restitutions et à la confiscation spéciale

L'article 16 de la loi du 5 mai 2014 précise que, dans le cas où l'internement est ordonné, le prévenu ou l'accusé est condamné aux frais et, le cas échéant, aux restitutions. La confiscation spéciale est prononcée. La nouvelle législation est, sur ce point, tout à fait conforme à ce que prévoyait la loi de défense sociale.

La Cour de cassation³⁶⁴ a rappelé que la condamnation aux frais est une conséquence juridique d'une décision de condamnation, d'internement ou ordonnant la suspension du prononcé de la condamnation. Elle a ensuite cassé un arrêt qui, après avoir déclaré les faits établis, a considéré que la demanderesse était au moment des faits en état de démence au sens de l'article 71 du Code pénal mais que cet état, qui perdure au moment du jugement, ne présente pas le danger social requis pour justifier l'internement. L'arrêt attaqué ne pouvait dès lors mettre à charge de la demanderesse les frais de l'action publique.

³⁵⁵ Cf. *supra*.

³⁶⁰ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 3: de reparatie », *op. cit.*, p. 606.

³⁶¹ Le ministre de la Justice, entendu le 4 juin 2018 à la Chambre au sujet de l'attentat terroriste de Liège, a indiqué que le centre d'observation clinique, dont l'implantation était initialement projetée à Haren, ouvrirait l'an prochain à Saint-Gilles (Compte rendu analytique de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, CRABV 54 COM 910 pp. 9-10).

³⁶² F. DEMOULIN et C. HUPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », *op. cit.*, p. 97.

³⁶³ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, p. 323.

³⁶⁴ Cass. 5 novembre 2014, R.G. P.14.0688.F, www.cass.be.

³⁵⁵ Liège (ch. mis. acc.), 13 mars 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 215, note FL.

³⁵⁶ FL., note sous Liège (ch. mis. acc.), 13 mars 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 221.

³⁵⁷ FL., note sous Liège (ch. mis. acc.), 13 mars 2017, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 222.

³⁵⁸ O. VANDEMEULENBROECKE, « Un autre régime d'internement des délinquants atteints d'un trouble mental. La loi du 21 avril 2007 », *op. cit.*, p. 317. L'auteur rappelle que le Centre pénitentiaire de recherche et d'observation clinique, qui avait été créé par un arrêté royal du 19 avril 1998, n'a jamais vu le jour.

E. Les interdictions s'appliquant, à titre de mesure de sûreté accessoire, aux internés pour faits d'abus sexuels et de mœurs commis à l'égard de mineurs

Aux termes de l'article 17 de la loi du 5 mai 2014, une mesure de sûreté accessoire peut en outre être prononcée lorsque l'internement a lieu pour des faits visés aux articles 371/1 à 377 (voyeurisme, attentat à la pudeur ou viol), 377^{quater} (grooming), 379 à 380, 381 (corruption de la jeunesse ou prostitution), 383 à 387 (outrage public aux bonnes mœurs) du Code pénal, commis sur un mineur ou avec sa participation.

L'auteur de cette infraction peut, pour la durée de l'internement, faire l'objet d'une mesure de sûreté par laquelle la juridiction d'instruction ou de jugement lui interdit de participer, à quelque titre que ce soit, à un enseignement donné dans un établissement public ou privé qui accueille des mineurs, de faire partie d'une personne morale ou d'une association de fait dont l'activité concerne à titre principal des mineurs, d'être affecté à une activité qui place l'intéressé comme membre d'une personne morale ou d'une association de fait, en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de mineurs, ou de résider dans la zone déterminée par le juge. Concernant l'interdiction de résidence, elle doit être spécialement motivée par le juge et doit tenir compte de la gravité des faits et de la capacité de réinsertion de la personne internée. L'interdiction produit ses effets à compter du jour où la décision judiciaire contradictoire ou par défaut qui prononce l'interdiction devient irrévocable.

Dans la première mouture de la loi du 5 mai 2014, la durée de cette interdiction était de un à vingt ans, ce qui manquait de cohérence étant donné que l'internement est une mesure à durée indéterminée. La loi du 4 mai 2016 a remédié à cette lacune en calquant la durée de la mesure de sûreté accessoire sur la durée indéterminée de l'internement³⁶⁵. L'interdiction vaut désormais pour toute la durée de l'internement jusqu'à la libération définitive. La loi du 4 mai 2016 a également supprimé le § 3 de l'article 17 de la loi du 5 mai 2014 qui érigeait en infraction pénale la violation de cette interdiction.

Il a été souligné que cette solution « permet d'inclure les mesures de sûreté dans le trajet de soins de l'interné, quelle que soit la modalité d'exécution dans laquelle il s'inscrit, et de les intégrer dans le cadre thérapeutique »³⁶⁶.

F. L'action civile des victimes

L'action civile de la victime est régie par l'article 18 de la loi du 5 mai 2014. En même temps que les juridictions d'instruction ou de jugement statuent sur l'action publique en application de la loi relative à l'internement ou de l'article 71 du Code pénal, elles statuent sur l'action civile dont elles ont été régulièrement saisies, conformément à l'article 1386^{bis} du Code civil, ainsi que sur les dépens.

³⁶⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1590/001, pp. 104-105.

³⁶⁶ F. DEMOULIN et C. HUPPEZ, « Mise en observation de la nouvelle loi relative à l'internement », in N. RADELET et al., *Omni-présence du droit pénal. Nouvelles approches pluridisciplinaires*, op. cit., p. 107.

Rappelons que l'ancien article 11, alinéa 2, de la loi de défense sociale ne renvoyait à l'article 1386^{bis} du Code civil que pour le cas où l'internement était ordonné³⁶⁷.

Le législateur n'a pas repris la solution de la loi du 21 avril 2007 qui avait enlevé la référence à l'article 1386^{bis} du Code civil afin de donner au juge pénal la faculté de statuer sur l'action civile, soit sur la base de l'article 1386^{bis}, soit sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil³⁶⁸.

Il en résulte que le juge pénal demeure compétent pour statuer sur l'action civile dont il est régulièrement saisi, nonobstant l'acquiescement prononcé sur la base de l'article 71 du Code pénal et quelle que soit la décision concernant l'internement. Il s'agit là d'une concrétisation de la solution retenue par la jurisprudence selon laquelle, même en cas d'acquiescement, le juge n'est pas libéré de son obligation de statuer sur l'action civile de la partie civile régulièrement constituée, pour autant que la prévention soit établie³⁶⁹.

L'article 1386^{bis} du Code civil a été modifié comme suit par la loi du 5 mai 2014 : « Lorsqu'une personne atteinte d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes. Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties ».

Comme l'ont relevé à juste titre d'éminents auteurs³⁷⁰, « il faut constater qu'à la suite des nouvelles modifications introduites par la loi du 4 mai 2016 [...], le champ d'application de la cause de non-imputabilité [...] ne coïncide plus avec celui de l'article 1386^{bis} du Code civil, ce qui apparaît peu logique ». En effet, pour un prévenu « non aboli » au moment des faits qui ferait l'objet d'une mesure d'internement, il aurait semblé cohérent, vu qu'il a été reconnu responsable pénalement, que ce soit l'article 1382 du Code civil qui serve de fondement à l'action civile.

La référence à l'article 1386^{bis} du Code civil vise à permettre une réduction équitable de l'obligation de réparation³⁷¹. Le juge peut ainsi condamner le prévenu à tout ou partie de la réparation à laquelle il serait astreint s'il avait été responsable de ses actes.

³⁶⁷ Dans un certain nombre de cas, le juge pénal ne pouvait pas ordonner l'indemnisation de la victime. Le dédommagement des victimes nécessitait la réunion de deux conditions : l'auteur du dommage devait être un malade mental au moment des faits et il devait avoir été interné. Voy. P. VAN OMMESSLAGHE, « La réforme de la loi de défense sociale et l'article 1386^{bis} du Code civil », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 457-483 ; G. SCHAMPS, « La réparation des dommages causés par les déments », *J.T.*, 2004, pp. 306-309.

³⁶⁸ N. COLETTE-BASECOZ, « La loi du 5 mai 2014 : un meilleur cadre légal pour l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental », op. cit., p. 207 ; H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel I: de gerechtelijke fase », op. cit., p. 1061. Voy. l'article 16 de la loi du 21 avril 2007 relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental.

³⁶⁹ Cass., 1^{er} février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 84. Cette jurisprudence de la Cour de cassation a fait sien l'avis du professeur Pierre Van Ommeslaghe. Celui-ci proposait que le critère permettant de conclure à l'application de la responsabilité de droit commun ou du régime de l'article 1386^{bis} du Code civil, réside exclusivement dans l'état mental de l'auteur du comportement dommageable au moment des faits, quelle que soit l'évolution ultérieure de cet état (P. VAN OMMESSLAGHE, « La réforme de la loi de défense sociale et l'article 1386^{bis} du Code civil », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 467-483).

³⁷⁰ H. D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 8^e éd., op. cit., p. 923.

³⁷¹ Proposition de loi relative à l'internement des personnes du 21 février 2013, *Développements*, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2012/1, p. 278.

Cette obligation de réparer en équité est, en soi, favorable à l'auteur souffrant de troubles mentaux. En effet, elle permet dans certains cas d'éviter une réparation intégrale du dommage grâce à la prise en compte des circonstances dans lesquelles l'acte a été commis, de l'état de fortune de la victime, des facultés financières limitées de l'auteur des faits, des besoins de l'auteur du dommage et de ceux de sa famille³⁷²...

La jurisprudence et la doctrine ont été amenées à interpréter les conditions d'application de l'article 1386bis du Code civil³⁷³. Parmi les facteurs qu'il est équitable de retenir pour fixer le montant de la réparation figurent notamment la nécessité de laisser à l'auteur de l'acte dommageable les moyens financiers suffisants pour se soigner, l'existence ou non d'une couverture d'assurance³⁷⁴...

Concernant l'assureur qui, en vertu d'une obligation contractuelle, doit garantir la responsabilité de son assureur, il ne peut se prévaloir à son profit de l'équité prévue à l'article 1386bis du Code civil³⁷⁵.

L'article 18, § 2, de la loi du 5 mai 2014 a par ailleurs précisé que les juridictions d'instruction ou de jugement peuvent également réserver les intérêts civils, conformément à l'article 4 du titre préliminaire du Code de procédure pénale. À l'instar de ce qui est prévu en droit commun de la procédure pénale, les victimes auront ainsi la possibilité de déposer ultérieurement une requête devant la juridiction qui s'est prononcée sur l'action publique, afin qu'il soit statué, sans frais, sur les intérêts civils, ce qui constitue une facilité puisque les victimes sont ainsi dispensées de devoir assigner au civil en indemnisation de leur dommage. Cet ajout permet aussi de se conformer aux principes d'égalité et de non-discrimination en prévoyant les mêmes règles pour les victimes, que l'auteur soit interné ou non.

G. L'exécution simultanée d'un internement et d'une condamnation à une peine privative de liberté

Les lois des 4 mai 2016 et 6 juillet 2017 ont complété les articles 76 et 77 de la loi du 5 mai 2014 qui régissent l'exécution simultanée d'un internement et d'une condamnation à une peine privative de liberté. Les conditions de temps de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe³⁷⁶ ont été introduites dans la loi relative à l'internement de manière à assurer un parallélisme en cas d'exécution simultanée d'une peine privative de liberté et d'une mesure d'internement³⁷⁷.

³⁷² Exposé des motifs, loi du 16 avril 1935 sur la réparation de dommages causés par les déments et les anormaux, *Pasin.*, 1935, t. I, p. 287.

³⁷³ Voy. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, op. cit., p. 417 et s.

³⁷⁴ Gand, 21 avril 1989, *R.W.*, 1989-90, p. 880.

³⁷⁵ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 408 ; F. SWENNEN, « Zijdelingse aantekeningen bij de rechtstreekse vordering. Het Hof van Cassatie over artikel 1386bis B.W. en de verzekering van de huurdersaansprakelijkheid brand », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1418-1421 ; Cass., 24 septembre 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13469 ; Liège, 30 mai 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 370, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13823.

³⁷⁶ Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine.

³⁷⁷ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Exposé introductif, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 5.

Dans son arrêt du 28 juin 2018³⁷⁸, la Cour constitutionnelle a cependant annulé certaines dispositions, à savoir l'article 76, alinéa 2 et l'article 77, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 5 mai 2014.

Les dispositions de la loi relative à l'internement s'appliquent, comme le précise l'article 76, à une personne qui subit à la fois une peine privative de liberté et un internement.

L'article 76, alinéa 2, de la loi du 5 mai 2014 prévoyait que la personne qui subit simultanément un internement et une peine privative de liberté est placée dans un établissement ou une section de défense sociale organisés par l'autorité fédérale, ou dans un centre de psychiatrie légale. Un placement dans un établissement reconnu par l'autorité, qui est organisé par une institution privée, une communauté ou une région ou par une autorité locale, qui est en mesure de dispenser les soins appropriés à la personne internée, et avec lequel un accord concernant le placement a été conclu, ne devenait possible qu'à partir de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle.

La Cour constitutionnelle³⁷⁹ a considéré qu'il était discriminatoire d'exclure *a priori* et sans examen individuel la catégorie de personnes qui subissent simultanément un internement et une peine privative de liberté de la possibilité d'être placée, par la chambre de protection sociale, dans un tel établissement. La Cour constitutionnelle a rappelé que le choix du lieu de placement d'un condamné interné par la chambre de protection sociale se fait en tenant compte du risque pour la sécurité. Elle a dès lors estimé qu'il ne faut pas nécessairement attendre que la date d'admissibilité à la libération conditionnelle soit atteinte avant que le condamné interné puisse entrer en considération pour un placement dans un tel établissement privé.

L'article 76, alinéa 3, de la loi du 5 mai 2014 dispose que la durée du placement dans l'un de ces établissements est assimilée à la détention. Les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 2016³⁸⁰ ont souligné l'importance de cette disposition pour le calcul de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle.

L'article 77, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, subordonnait l'octroi d'une permission de sortie, d'un congé, d'une détention limitée, d'une surveillance électronique, d'une libération à l'essai et d'une mise en liberté anticipée en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise, au respect des conditions de temps prévues dans la loi du 17 mai 2006. La Cour constitutionnelle³⁸¹ a jugé qu'il était discriminatoire d'exclure *a priori* et sans examen individuel la catégorie de personnes qui subissent simultanément un internement et une peine privative de liberté de la possibilité de se voir accorder une modalité d'exécution de l'internement par la chambre de protection sociale jusqu'à ce qu'elles aient rempli les conditions de temps prévues dans la loi du 17 mai 2006. La Cour a précisé que la disposition attaquée peut avoir pour effet de priver ces personnes des soins appropriés que requiert leur état, alors que leur situation individuelle ne s'oppose pas à l'octroi d'une modalité d'exécution donnée de l'internement³⁸².

³⁷⁸ C.C., arrêt n° 80/2018, 28 juin 2018, www.const-court.be.

³⁷⁹ C.C., arrêt n° 80/2018, 28 juin 2018, www.const-court.be, attendus B.56.1 à B.57.

³⁸⁰ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Discussion des articles, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 55.

³⁸¹ C.C., arrêt n° 80/2018, 28 juin 2018, www.const-court.be, attendus B.59.2 à B.59.4.

³⁸² C.C., arrêt n° 80/2018, 28 juin 2018, www.const-court.be, attendus B.59.2.

Selon l'article 77, § 1^{er}, alinéa 2, le délai d'épreuve en cas de libération à l'essai ne peut être inférieur au délai d'épreuve que le condamné aurait dû subir s'il avait obtenu une libération conditionnelle. La Cour constitutionnelle³⁸³ a considéré que, par cette disposition, le législateur garantit que le trajet de soins puisse se poursuivre durant cette période. La mesure attaquée ne limite donc pas de manière disproportionnée les droits des condamnés internés concernés. L'article 77, § 2, ajoute qu'au moment où la durée de la libération excède la période au cours de laquelle la personne, si elle subissait uniquement une peine privative de liberté, aurait été placée sous la surveillance du tribunal de l'application des peines, la personne concernée est libérée définitivement de plein droit en ce qui concerne les condamnations.

L'article 77, § 3, précise quant à lui que si l'état mental de la personne concernée s'est suffisamment stabilisé avant qu'elle ne remplisse les conditions de temps pour bénéficier de la libération à l'essai prévue dans la loi du 17 mai 2006, la chambre de protection sociale peut prononcer, pour ce qui concerne l'exécution de l'internement, une libération définitive conformément à la procédure prévue pour la gestion de l'internement d'un condamné interné. Si une décision de libération définitive est prise pour la partie internement, l'exécution de la peine privative de liberté se poursuit en prison, selon les dispositions de la loi du 17 mai 2006.

Bien que les travaux préparatoires ne contiennent aucune précision à cet égard, il semble que les articles 76 et 77 de la loi du 5 mai 2014 visent des décisions pénales distinctes se rapportant à des infractions différentes³⁸⁴. L'intitulé du titre cinq (« De l'exécution simultanée d'un internement et d'une condamnation à une peine privative de liberté ») semble plaider en faveur de cette position puisqu'il est question d'exécution simultanée, et non de « prononcé simultané ».

H. L'application dans le temps

Rappelons que la loi du 5 mai 2014 est une loi de procédure se rapportant à une mesure de sûreté (l'internement). Sous réserve de ce qui a été exposé à propos de la modification de l'article 71 du Code pénal, l'application dans le temps de cette nouvelle législation ne se fonde pas sur l'article 2 du Code pénal mais bien sur l'article 3 du Code judiciaire. Les dispositions de la nouvelle loi s'appliquent dès lors à toutes les affaires en cours qui n'ont pas encore été définitivement jugées. L'article 134 de la loi du 5 mai 2014, qui règle les dispositions transitoires, le précise d'ailleurs explicitement.

L'entrée en vigueur de la loi relative à l'internement a été fixée au 1^{er} octobre 2016, comme indiqué à l'article 136 de la loi du 5 mai 2014. Une exception est prévue en ce qui concerne la mise en observation dans un centre d'observation clinique sécurisé, dont l'entrée en vigueur est prévue au plus tard le 1^{er} janvier 2020.

Partant de la considération que la loi du 5 mai 2014 est une loi de procédure, et faute de dispositions transitoires spécifiques pour les personnes qui auraient été internées

³⁸³ C.C., arrêt n° 80/2018, 28 juin 2018, www.const-court.be, attendus B.59.5.

³⁸⁴ É. JACQUES, « Le droit du justiciable dans le cadre de la loi sur l'internement (y compris la loi "pot-pourri III") », *op. cit.*, p. 360. Voy. aussi Ch. VAN DEN WYNGAERT, B. DE SMET, S. VANDROMME, *Strafrecht, Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 9^e éd., Antwerpen, Maklu, 2014, p. 296.

avant le 1^{er} octobre 2016, pour des faits pour lesquels elles ne pourraient plus être internées en vertu de la nouvelle loi, ces personnes ne pourraient solliciter une application rétroactive de la loi pénale plus favorable, en application de l'article 2, alinéa 2, du Code pénal. Selon Henri Heimans, une telle solution est contraire aux principes d'égalité et d'équité³⁸⁵. Il s'est demandé, lors de son audition en commission, s'il ne fallait pas élaborer un système afin de soumettre de nouveau ces cas à l'avis d'un juge qui devrait statuer en fonction de nouveaux critères d'internement³⁸⁶. De plus, Henri Heimans et Peter Verpoorten ont fait observer que, dans de tels cas, la privation de liberté qui résulterait du maintien de l'internement ne serait plus régulière ni décidée selon les voies légales au sens de l'article 5, § 1^{er}, e), de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour de cassation a été saisie de ce moyen et l'a toutefois rejeté. Dans un arrêt du 21 février 2017³⁸⁷, elle a estimé que l'article 5, § 1^{er}, de la Convention européenne « n'empêche pas qu'une mesure d'internement imposée par une décision passée en force de chose jugée soit définitive et donne lieu à partir de ce moment à une phase d'exécution à laquelle ne s'appliquent pas les mêmes règles que celles en vigueur pour imposer cette mesure. Dès lors, cette disposition n'a pas pour conséquence qu'une mesure d'internement imposée définitivement n'est plus imposée régulièrement ou légalement parce que la loi change au cours de la phase d'exécution et a ainsi pour conséquence que cette mesure ne peut plus être imposée à l'avenir pour le fait pour lequel l'intéressé a déjà été interné ».

Dans une telle situation où la dangerosité sociale, telle que redéfinie par le législateur, a disparu et/ou les faits commis par l'intéressé ne pourraient plus donner lieu aujourd'hui à une mesure d'internement, la chambre de protection sociale, appelée à connaître du suivi de l'internement, pourrait faire preuve de clémence³⁸⁸, comme l'a préconisé le ministre de la Justice lorsqu'il a commenté les dispositions transitoires de la loi³⁸⁹.

³⁸⁵ H. HEIMANS, P. VERPOORTEN, « Een praktijkgerichte benadering van de gevolgen van de beperking van de wettelijke mogelijkheden tot internering door de wet van 5 mei 2014 betreffende de internering, zoals gewijzigd bij wet van 4 mei 2016 (Potpourri III) », *op. cit.*, pp. 483-487.

³⁸⁶ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 127. Plusieurs auteurs partagent cet avis (D. PACI et M. AUGRY, *Internement : la loi du 5 mai 2014 telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 dite « Pot-Pourri III »*, *op. cit.*, p. 28).

³⁸⁷ Cass., 21 février 2017, P.17.0124.N, www.cass.be.

³⁸⁸ H. HEIMANS, T. VANDER BEKEN, E. SCHIPAANBOORD, « Eindelijk een echte nieuwe en goede wet op de internering? Deel 3: de reparatie », *op. cit.*, p. 608.

³⁸⁹ Projet de loi relatif à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice. Discussion générale, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 1590/006, p. 46.